



Haut Comité Juridique
de la Place financière de Paris

RAPPORT SUR LE MONOPOLE BANCAIRE

Rapporteur :
Jacques Delmas-Marsalet
Membre du Haut Comité Juridique
de la Place Financière de Paris

Le 14 mars 2016



RAPPORT SUR LE MONOPOLE BANCAIRE

Ce qu'il est convenu d'appeler « monopole bancaire » en France repose sur l'interdiction faite à toute personne autre que certaines catégories d'entités régulées d'effectuer des opérations de banque à titre habituel. Il ne s'agit donc pas d'un monopole au sens économique du terme mais de la réservation de l'exercice de certaines activités à certaines catégories de personnes.

Cette réservation, dont la violation est sanctionnée pénalement¹, est entendue de façon particulièrement large par la législation et la jurisprudence. Elle s'étend en effet non seulement :

- à la réception des dépôts et autres fonds remboursables du public, réservée aux établissements de crédit ;
- aux services de paiement ainsi que d'émission et de gestion de monnaie électronique, réservés, outre à ces établissements, aux établissements de paiement et de monnaie électronique ;

ce qui, dans les deux cas, est de règle dans l'Union Européenne ; mais aussi :

- aux opérations de crédit, réservées aux établissements de crédit et aux sociétés de financement, ce qui n'est pas le cas dans certains autres pays européens.

Le Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (HCJP) a été invité à rechercher si cette situation n'était pas à l'origine de distorsions de concurrence et d'arbitrages générateurs de délocalisations d'opérations défavorables à la Place de Paris et, dans l'affirmative, à déterminer quelles mesures pourraient être prises pour y remédier.

Un Groupe de travail « Monopole Bancaire », dont la composition figure en Annexe I, a été constitué à cet effet. Afin d'établir le présent rapport, il a tenu 17 réunions plénières et a procédé à l'audition de représentants de plusieurs organisations directement intéressées par la question, dont la liste figure en Annexe II.

Le Groupe de travail a constaté que, de manière générale, le régime actuel du « monopole bancaire » résulte d'une superposition historique de textes nombreux, fréquemment rédigés sous la nécessité du moment. L'imbrication de ceux-ci, doublée d'interprétations jurisprudentielle et administrative généralement logiques mais souvent complexes, rend difficile une réflexion d'ensemble sur le sujet, et délicate toute proposition de modification en raison des équilibres susceptibles d'être rompus par celle-ci. Par ailleurs, le Groupe de travail n'a pas pu, dans les délais impartis, disposer d'une information complète sur les règles et les pratiques suivies en la matière par les places financières concurrentes.

¹ Art. L. 571-3 du CMF : la violation du monopole bancaire est passible d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 375.000 euros d'amende.



Ces mêmes raisons, ainsi que les intérêts économiques sous-jacents à cette matière, expliquent que les opinions exprimées ci-après par le Groupe de travail ne reflètent pas toujours un avis unanime des membres du Groupe de travail ni même, a fortiori, celui des organisations entendues. En d'autres termes, le Groupe de travail a cherché à dégager un consensus majoritaire, mais n'a pas pu atteindre l'unanimité.

Sur le fond, l'avis du Groupe de travail n'est pas le même selon qu'il s'agit du monopole des dépôts et du monopole des moyens de paiement, lesquels n'appellent que des clarifications (I) ou du monopole du crédit, qui mériterait quant à lui certaines évolutions (II).



TABLE DES MATIERES

I. Le monopole des dépôts et autres fonds remboursables du public et le monopole des services de paiement : deux monopoles qui n'appellent que des clarifications	4
A. Le monopole des dépôts et autres fonds remboursables du public	4
1. Un monopole peu critiquable dans son principe	4
2. Des précisions toutefois souhaitables pour lever les incertitudes qu'introduit dans son champ d'application l'emploi de certains termes qui prêtent à interprétation	4
3. Propositions du Groupe de travail	5
B. Le monopole des services de paiement	6
1. Définition	6
2. Fondement	6
3. Conformité	7
4. Problèmes rencontrés	7
II. Le monopole du crédit : un monopole qui mériterait d'évoluer	8
A. Critiques généralement formulées à l'encontre du monopole du crédit	8
B. Les justifications du monopole du crédit	10
C. Les évolutions possibles du monopole du crédit (recommandations du Groupe de travail).....	12
1. Elargir les possibilités d'acquisition des créances bancaires non échues à caractère professionnel	12
2. Assouplir les conditions d'admission des opérations de trésorerie intra-groupe	16
3. Etendre de manière sélective la possibilité d'octroyer des prêts à caractère professionnel	17
4. Soumettre les nouveaux prêteurs à des règles adaptées	19
5. Sécuriser les possibilités ouvertes aux particuliers d'octroyer directement des prêts aux entreprises et - plus encore - aux ménages	21
6. Sécuriser la qualification juridique des titres de créance	22
CONCLUSION	24
LISTE DES ANNEXES	25



I. Le monopole des dépôts et autres fonds remboursables du public et le monopole des services de paiement : deux monopoles qui n'appellent que des clarifications

A. Le monopole des dépôts et autres fonds remboursables du public

1. Un monopole peu critiquable dans son principe

Ce premier domaine réservé est imposé par l'article 9-1 de la directive européenne dite CRD IV² qui interdit d'exercer l'activité de réception des dépôts ou d'autres fonds remboursables du public à d'autres entités que les établissements de crédit, définis par l'article 4 du règlement CRR³ comme les entreprises dont l'activité consiste à recevoir ces dépôts et fonds et à octroyer des crédits pour leur propre compte.

Ce premier volet du monopole bancaire est pleinement justifié par le souci de protéger les déposants contre le risque d'insolvabilité ou d'illiquidité d'entités qui, recevant des dépôts, pourraient être tentées de faire de la transformation ou de recourir à l'effet de levier sans être soumises à la réglementation applicable aux établissements de crédit. Son principe n'est d'ailleurs pas contesté.

2. Des précisions toutefois souhaitables pour lever les incertitudes qu'introduit dans son champ d'application l'emploi de certains termes qui prêtent à interprétation

Les critiques exprimées en France portent plutôt sur l'incertitude que peut introduire, dans la délimitation du périmètre du monopole, l'emploi de certains termes qui prêtent à interprétation. Deux exemples illustrent cette incertitude.

Il en est ainsi, au niveau national, de la notion de réception « *à titre habituel* » de fonds remboursables, qui ne traduit qu'imparfaitement l'intention du législateur européen de ne soumettre au monopole que l'exercice de l'activité consistant à recevoir pour prêter, c'est-à-dire du métier ou commerce de l'argent. D'autant plus que la jurisprudence a interprété de manière très extensive la notion d'habitude qui naîtrait dès la réalisation d'une deuxième opération avec une deuxième personne.

Il en va de même, au plan européen, de la notion de « *fonds remboursables du public* » dont on admet, en se fondant sur le considérant 14 de la directive CRD IV, qu'elle recouvre « *l'émission continue d'obligations et d'autres titres comparables* ». Sans reprendre la condition de continuité, le 4° du I de l'article L. 511-7 du Code Monétaire et Financier (CMF) n'exclut ces émissions du monopole que si elles sont réalisées par des entreprises qui « *n'effectuent pas d'opération de crédit* ». Ce qui, pris à la lettre, pourrait conduire à interdire

² Directive 2013/36/UE concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

³ Règlement (UE) n° 575/2013 du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement (règlement dit « CRR »).



à une entreprise ne réalisant qu'une opération occasionnelle de crédit d'émettre des obligations de manière continue et trahit manifestement l'intention du législateur européen qui est de ne faire entrer dans le monopole que les émissions contribuant au financement d'une « activité » de crédit.

3. Propositions du Groupe de travail

Pour mieux traduire l'intention du législateur européen, le Groupe de travail propose de se référer à l'exercice de l'activité « à titre de profession habituelle », expression déjà employée dans le CMF, notamment pour définir les établissements de crédit (article L. 511-1 du CMF). Cette notion ajoute, en effet, à la condition d'habitude, les critères qui caractérisent une activité professionnelle tels que la recherche d'une clientèle et d'une source régulière de revenu. Cette expression doit être introduite à la fois dans la définition du monopole de réception de fonds remboursables du public et dans celle du monopole du crédit.

En conséquence, le Groupe de travail fait la proposition suivante :

Rédiger comme suit l'article L. 511-5 du CMF :

« Article L. 511-5. – Il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit ou une société de financement d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel de profession habituelle.

Il est, en outre, interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit de recevoir à titre habituel des fonds remboursables du public ou de fournir des services bancaires de paiement, à titre de profession habituelle. »

Quant à la condition d'admission des émissions de titres de créance tenant à la non réalisation d'opération de crédit posée au 4° du I de l'article L 511-7 du CMF, elle n'a été introduite que pour interdire aux sociétés de financement d'émettre des titres dans des conditions assimilables à la réception de fonds remboursables du public, ce qui aurait imposé de les soumettre au statut d'établissement de crédit. Elle ne doit toutefois pas conduire à interdire l'émission d'obligations à des entreprises non financières qui réaliseraient occasionnellement une opération de crédit.

Il est donc proposé de :

1° Modifier comme suit le 4° du I de l'article L. 511-7 du CMF:

« Article L. 511-7 – I – Les interdictions définies à l'article L. 511-5 ne font pas obstacle à ce qu'une entreprise, quelle que soit sa nature, puisse :

[...]

4 Emettre les titres financiers visés au 2° du II de l'article L. 211-1 ;

[...] ».



2° Insérer, après l'article L. 515-1-1 du CMF, un article L. 515-1-2 ainsi rédigé :

« Article L. 515-1-2. - Nonobstant toute disposition contraire, les sociétés de financement ne peuvent procéder à l'émission de titres de créance assimilable, en application de l'article L. 312-2, à la réception de fonds remboursables du public. »

B. Le monopole des services de paiement

1. Définition

Conformément à la réglementation européenne, le monopole des services de paiement réserve les prestations de services de paiement énumérés au II de l'article L. 314-1 du CMF⁴ aux établissements de crédit ainsi qu'aux établissements de paiement et aux établissements de monnaie électronique. Les établissements de paiement sont soumis à un agrément et à des exigences de fonds propres pour ce qui concerne ces services de paiement⁵. En outre, conformément à l'article L. 526-2 du CMF, les établissements de monnaie électronique peuvent effectuer des services de paiement au titre des services connexes à leur activité d'émission et de gestion de monnaie électronique et sont, en pareil cas, soumis aux mêmes exigences en matière de fonds propres permanents que les établissements de paiement.

En application de règles propres à la France, seuls les établissements de crédit sont autorisés à fournir des services bancaires de paiement⁶ entendus comme des opérations d'émission et de gestion de moyens de paiement autres que les services de paiement mentionnés au II de l'article L. 314-1 du CMF et l'émission et la gestion de monnaie électronique.

⁴ Art. L. 314-1 du CMF : « II. Sont des services de paiement : 1° Les services permettant le versement d'espèces sur un compte de paiement et les opérations de gestion d'un compte de paiement ; 2° Les services permettant le retrait d'espèces sur un compte de paiement et les opérations de gestion d'un compte de paiement ; 3° L'exécution des opérations de paiement suivantes associées à un compte de paiement : a) Les prélèvements, y compris les prélèvements autorisés unitairement ; b) Les opérations de paiement effectuées avec une carte de paiement ou un dispositif similaire ; c) Les virements, y compris les ordres permanents ; 4° L'exécution des opérations de paiement suivantes associées à une ouverture de crédit : a) Les prélèvements, y compris les prélèvements autorisés unitairement ; b) Les opérations de paiement effectuées avec une carte de paiement ou un dispositif similaire ; c) Les virements, y compris les ordres permanents ; 5° L'émission d'instruments de paiement et / ou l'acquisition d'ordres de paiement ; 6° Les services de transmission de fonds ; 7° L'exécution d'opérations de paiement, lorsque le consentement du payeur est donné au moyen de tout dispositif de télécommunication, numérique ou informatique et que le paiement est adressé à l'opérateur du système ou du réseau de télécommunication ou informatique, agissant uniquement en qualité d'intermédiaire entre l'utilisateur de services de paiement et le fournisseur de biens ou services. »

⁵ Articles L. 522-6 et suivants du CMF s'agissant des établissements de paiement et articles L. 526-7 et suivants du CMF s'agissant des établissements de monnaie électronique.

⁶ Pour rappel, les services de paiement ne comprennent pas les services bancaires de paiement.



2. Fondement

Pour ce qui concerne les services de paiement, la réglementation européenne est en principe harmonisée et ne comporte donc pas en elle-même de risque de distorsions de concurrence et d'arbitrages pouvant conduire à des délocalisations d'opérations. Le Groupe de travail n'a d'ailleurs pas eu connaissance de tels problèmes dans le cadre de ses travaux.

Il est vrai que certaines activités nouvelles d'information sur les comptes de paiement et d'initiation de paiement se sont développées en Europe en dehors de tout statut réglementé. La révision de la Directive sur les Services de Paiement II⁷ (DSP II) prévoit qu'elles constitueront de nouveaux services de paiement réservés par voie de conséquence aux établissements de paiement. Ces activités seront encadrées par les mesures de transposition de la directive, qui aux termes de l'article 115 de celle-ci entreront en vigueur le 13 janvier 2018.

Pour ce qui concerne les services bancaires de paiement, aucune difficulté n'a été portée à la connaissance du Groupe de travail.

Toutefois, le Groupe de travail estime que la nature de ces services bancaires de paiement mériterait d'être précisée par décret.

3. Conformité

Les fonds reçus par un établissement de paiement ou un établissement de monnaie électronique ne sont pas des fonds remboursables du public. En effet, contrairement aux établissements de crédit, les établissements de paiement et les établissements de monnaie électronique n'ont pas la libre disposition des fonds qu'ils reçoivent de leur clientèle, car ceux-ci sont affectés à la réalisation des opérations de paiement ou de monnaie électronique. Ceci est d'ailleurs précisé à l'article 18(3) de la DSP II. Ces fonds doivent être protégés soit par un cantonnement (obligation de reversement sur un compte spécial ouvert auprès d'un établissement de crédit), soit par l'obtention d'une garantie financière délivrée par un établissement de crédit ou une société de financement (garantie à première demande ou cautionnement) ou d'une assurance délivrée par une entreprise n'appartenant pas au même groupe, soit, éventuellement, par une combinaison de ces deux mécanismes.

L'articulation des deux techniques n'est cependant pas claire. Dans l'hypothèse d'un octroi de garantie, l'arrêté du 29 octobre 2009⁸ prévoit deux formulations types qui indiquent que l'engagement couvre l'ensemble des obligations de l'établissement de paiement au titre de ses activités de paiement.

⁷ Directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 2002/65/CE, 2009/110/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) n° 1093/2010, et abrogeant la directive 2007/64/CE.

⁸ Arrêté du 29 octobre 2009 portant sur la réglementation prudentielle des établissements de paiement.



Dans l'hypothèse où il aurait par ailleurs été ouvert un cantonnement dédié, il conviendrait de préciser que la garantie ou la caution couvre les obligations de l'établissement de paiement au titre de ses activités de paiement pour autant que et dans la seule mesure où celles-ci ne font pas par ailleurs déjà l'objet d'une protection par la voie d'un cantonnement.

Le Groupe de travail souhaite donc que l'arrêté du 29 octobre 2009 précité soit clarifié en ce sens.

Les établissements de paiement comme de monnaie électronique sont autorisés à effectuer certaines opérations de crédit dans le cadre de leur agrément, au titre des services connexes ; les règles en la matière sont harmonisées par la DSP. Ces crédits ne peuvent pas être financés sur les fonds de la clientèle.

4. Problèmes rencontrés

Les auditions auxquelles le Groupe de travail a procédé l'ont conduit à identifier au moins les deux problèmes suivants :

- Le premier tient au développement de cartes de paiement anonymes et surtout de systèmes de monnaie virtuelle comme le Bitcoin à l'intérieur desquels les opérations sont anonymes. Cet anonymat pose évidemment un problème notamment en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme. La question est néanmoins étudiée par d'autres instances européennes et nationales⁹ et ne relève pas du champ de compétence du Groupe de travail.
- Le second tient au fait que les textes existants ne semblent pas offrir une sécurité juridique suffisante en matière de paiements et encaissements réalisés par une société d'un groupe (généralement la société-mère) pour le compte d'une société liée, auprès de tiers, quand bien même ces paiements et encaissements seraient réalisés par un prestataire de services de paiement. En effet, à ce jour, seul le considérant 17 de la DSP II semble véritablement traiter cette question.

Une clarification des textes français sur ce point, par voie de réponse ministérielle ou par une position de l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR), serait donc souhaitable afin de s'assurer que les paiements et encaissements susvisés constituent un prolongement d'une opération de trésorerie intra-groupe définie au 3° du I de l'article L. 511-7 du CMF et bénéficient de l'exception du 2° de l'article L. 311-4 du CMF.

⁹ Position n°201-P-01 de l'ACPR relatives aux opérations sur Bitcoins en France.



II. Le monopole du crédit : un monopole qui mériterait d'évoluer

Beaucoup plus discuté sur le fond et critiqué quant à son champ d'application est ce qu'il est convenu d'appeler le monopole du crédit, c'est à dire la réservation de l'exercice de cette activité aux établissements de crédit et, pour ce qui concerne la France, aux sociétés de financement, c'est-à-dire des entités agréées et soumises à la réglementation bancaire ou proche de celle-ci.

A. Critiques généralement formulées à l'encontre du monopole du crédit

Les critiques généralement formulées à l'encontre du monopole du crédit se fondent sur quatre raisons :

- En premier lieu, ce monopole et, plus largement, la régulation du crédit professionnel n'est pas imposée par la réglementation européenne, mais laissée à la diligence des Etats membres. Or, ceux-ci ont adopté des solutions très diverses, allant d'une grande liberté (Grande Bretagne) à l'application d'un régime proche de celui des établissements de crédit (France, Espagne ou Italie), en passant par des réglementations *sui generis* dont le contrôle est cependant confié à l'Autorité chargée de la surveillance des établissements de crédit. Ce défaut d'harmonisation est à l'origine de distorsions de concurrence et d'arbitrages réglementaires conduisant à la délocalisation d'opérations. A titre d'exemple, les contraintes posées par la réglementation française en matière d'acquisition de créances bancaires non échues – lesquelles sont développées dans la suite du présent rapport – constituent un frein à la syndication en France et incitent à localiser ces opérations dans des entités *ad hoc* constituées dans des Etats de l'Union Européenne où l'acquisition de créances non échues ne relève pas du champ d'application du monopole bancaire, comme l'Allemagne ou la Grande Bretagne, ou même sur des plateformes « *off shore* » hors de l'Union Européenne. Elles peuvent également amener certaines banques à mettre les crédits à disposition (origination) ou à enregistrer des crédits (« *booking* ») dans des pays où la législation est plus favorable, afin de faciliter leur syndication.

Il faut à cet égard souligner que le régime pénal en matière de monopole bancaire a un pouvoir dissuasif considérable en vertu de l'article 113-2 du Code pénal, qui répute commise sur le territoire français toute infraction dès lors qu'un de ses faits constitutifs a lieu sur ce territoire (ce qui dans une opération de crédit peut s'entendre largement : décaissement, comptabilisation de l'opération, localisation du débiteur, etc.). Ceci peut avoir une incidence dans les opérations internationales, comme les opérations syndiquées où les établissements de crédit français peuvent se retrouver exclus des fonctions d'arrangeur et d'agent, à partir du moment où une banque extra-européenne (suisse ou américaine par exemple) ou un investisseur institutionnel non bancaire se trouve dans le syndicat. En effet, la localisation en France de certaines fonctions liées au rôle d'arrangeur ou d'agent (négociation, décaissement, appel de fonds, etc.) peut créer un élément de rattachement suffisant au territoire français pour entraîner l'application des règles relatives au monopole bancaire. C'est la raison pour laquelle les avocats rédacteurs d'opinions juridiques afférentes à ces opérations mettent généralement en garde les prêteurs contre ce risque, ce qui aboutit, *in fine*, à choisir des banques étrangères pour assurer ces fonctions d'arrangeur ou d'agent.

Enfin, certaines activités de crédit export peuvent ne pas se réaliser avec des banques françaises lorsque l'agence d'assurance-crédit appartient à un pays tiers. En effet, cette activité peut être assimilée en France à



du crédit par signature. Or, ce type de crédit par signature, lorsqu'il est réalisé au bénéfice d'une entreprise ou d'un établissement de crédit localisés en France, est interprété par nombre de juristes étrangers comme entrant dans le champ soit du monopole du crédit (les garanties données à titre professionnel et habituel pouvant être assimilées à des opérations de crédit), soit du monopole des assureurs (le Code des assurances qualifiant aussi d'opérations d'assurance ce type d'activité de crédit export). L'ACPR fait valoir que ces opérations relèvent exclusivement du Code des assurances. Sa doctrine sur ce point mériterait d'être portée à la connaissance des acteurs.

- En second lieu, la justification du monopole du crédit par les exigences de la politique économique et monétaire a perdu une partie de sa force avec la fin de l'encadrement du crédit, le recours aux nouveaux instruments de la politique monétaire et le transfert de la conduite de celle-ci à la Banque Centrale Européenne (BCE) au sein de la zone euro.

- En troisième lieu, la réglementation bancaire la plus récente, avec Bâle III, a réduit la capacité des établissements de crédit à porter les risques du financement de l'économie, obligeant à rechercher des financements alternatifs qui ne peuvent pas toujours être trouvés, notamment par les PME, sur le marché des titres.

- Enfin, cette dernière considération a conduit, au cours de ces dernières années, à multiplier les dérogations au monopole du crédit, notamment :

(i) en élargissant la possibilité pour tous les organismes d'assurance (entreprises d'assurance, mutuelles et institutions de prévoyance) de prêter à des entreprises, directement ou via des fonds de prêt ;

(ii) en ouvrant aux particuliers la possibilité de prêter dans les conditions et limites prévues pour le financement participatif ("*crowdfunding*") ;

(iii) en habilitant les sociétés de tiers financement à financer des opérations lourdes de rénovation d'immeubles génératrices d'économies d'énergie, au prix d'un loyer lié à ces économies¹⁰ ; et

(iv) en autorisant désormais les entreprises, dans des conditions qui restent à fixer, à consentir des prêts à court terme à des TPE, des PME ou des ETI « *avec lesquelles elles entretiennent des liens économiques¹¹* » .

Tout ceci s'est fait sans principe directeur, aboutissant à une collection de dispositions particulières qui compromettent la cohérence et la lisibilité de la législation. Sans compter le fait que la combinaison de certaines dérogations, comme celle prévue entre sociétés d'un même groupe, qu'elles soient sises en France ou à l'étranger, avec le principe de territorialité permet de contourner les interdictions édictées par le législateur.

¹⁰ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

¹¹ Paragraphe 3 bis de l'article L. 511-6 du CMF introduit par l'article 167 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.



B. Les justifications du monopole du crédit

Le Groupe de travail a consacré la première étape de ses travaux à réfléchir aux justifications du monopole du crédit qui devraient permettre d'en mieux cerner les contours.

Si l'on met à part la protection de l'emprunteur contre les risques de mauvaise information, mauvais conseil, rupture ou soutien abusifs, protection qui relève plutôt des règles de conduite applicables à la commercialisation des produits, du droit des contrats ou des procédures collectives, ces justifications sont de deux ordres¹² :

- En premier lieu, la protection des prêteurs, de leur solvabilité et de leur liquidité contre le risque de défaillance du débiteur ;
- En second lieu, la protection du système financier contre le risque de contagion de l'insolvabilité ou de l'illiquidité d'un prêteur « systémique » par sa taille et par ses connexions avec d'autres entités du système.

Le facteur commun à ces protections est le **risque de crédit** (ou de contrepartie) qu'il est essentiel de cerner, évaluer et mesurer avant l'octroi du crédit.

Le rôle des établissements de crédit et des sociétés de financement doit demeurer prépondérant au stade de l'origination des crédits car ils disposent des outils leur permettant de juger, d'analyser et d'évaluer la qualité de crédit des emprunteurs, tout particulièrement ceux qui ne font pas l'objet d'une notation par des agences (PME, ETI, particuliers, etc.) et ils sont soumis à une supervision particulièrement vigilante en ce domaine.

Cela permet également de maintenir un niveau d'exigence approprié dans les contrats de crédit en ce qui concerne ce qu'on appelle les « *covenants* », c'est à dire les engagements pris par le débiteur de respecter certains ratios financiers, pour que soient maintenus les concours bancaires. Elargir le champ des prêteurs, au stade de l'origination, c'est ouvrir la porte à des prêteurs moins vigilants et moins contrôlés, disposés à accepter des engagements moindres (ce qui entraîne une rémunération plus élevée du crédit). C'est ce qui a conduit Moody's à publier une note sur le risque de création d'une nouvelle bulle des « *covenants* » sur le marché.

La responsabilité première de l'originateur du crédit en ce domaine ne dispense cependant pas les acquéreurs éventuels de créances non échues de se doter d'instruments appropriés d'appréciation et de suivi du risque de crédit.

Certes le risque de crédit n'est pas propre aux prêts, puisqu'il affecte aussi les obligations et les titres de créance négociables. Mais il est, en ce qui concerne ces produits, généralement dispersé entre un grand nombre de porteurs et comporte moins de risque de liquidité lorsqu'ils disposent d'un marché secondaire actif.

¹² La réglementation actuelle assure en outre la protection des emprunteurs contre le défaut des prêteurs lors de la mise à disposition des fonds, dans le cas particulier des crédits à décaissements successifs.



C'est pourquoi le législateur, dans tous les pays, a fait reposer la protection des porteurs sur l'information financière et le bon fonctionnement des marchés organisés. Il est vrai que ces protections sont moindres lorsque ces titres font l'objet d'un placement privé. Mais celui-ci est réservé à des investisseurs réputés avertis. Il faut cependant reconnaître que la frontière entre les prêts et les placements privés de titres de créance est ténue. Il s'agit là de l'une des difficultés rencontrées par le Groupe de travail.

Quoiqu'il en soit, la prise en compte de cet élément fondamental du prêt qu'est le risque de crédit commande les réponses à apporter à quelques questions qui sont au cœur des critiques adressées au monopole du crédit et les évolutions possibles de ce monopole recommandées par le Groupe de travail, ci-dessous présentées.

C. Les évolutions possibles du monopole du crédit (recommandations du Groupe de travail)

Le Groupe de travail propose six évolutions possibles et souhaitables du monopole du crédit.

1. Elargir les possibilités d'acquisition des créances bancaires non échues à caractère professionnel

Les acquisitions de créances non échues sont aujourd'hui considérées par la jurisprudence tant administrative que judiciaire¹³ comme des opérations de crédit interdites à d'autres acquéreurs que les établissements de crédit, les sociétés de financement, les fonds communs de titrisation et les fonds étrangers similaires et, de manière générale, les autres entités mentionnées au premier alinéa de l'article L. 511-6 du CMF¹⁴, dans les limites des règles qui leur sont applicables.

Cette jurisprudence est critiquée par une partie majoritaire de la doctrine au motif que l'opération de crédit est définie comme la mise à disposition de fonds et qu'une fois celle-ci réalisée, l'acquisition de créances non échues ne relèverait plus du monopole du crédit. Cette thèse revient à distinguer le marché primaire du crédit qui serait seul soumis à ce monopole et le marché secondaire qui serait ouvert sans condition. C'est cependant oublier que l'acquisition de créances non échues emporte transfert au cessionnaire du risque de non remboursement et ne peut donc être ouverte à tous sans condition.

Le Groupe de travail considère néanmoins que l'acquisition des créances d'origine bancaire non échues pourrait être ouverte à d'autres entreprises que les établissements de crédit, les sociétés de financement et les fonds de titrisation. Cette ouverture ne devrait concerner que les créances à caractère professionnel, à l'exclusion

¹³ Cass. Crim., 20 fév. 1984, n° 83-90.738, Bull. crim., n° 62. – TGI Paris, 11e ch., 6 juill. 1982 : JCP 1983, éd. CI, II, 13939 ; CA Paris, 15e ch. B, 19 janv. 2006, Grinberg et a. c/ SA Jet Flint ; Conseil d'État, statuant au contentieux, 8 juill. 1987, n° 47192.

¹⁴ Alinéa 1 de l'article L. 511-6 du CMF : « Sans préjudice des dispositions particulières qui leur sont applicables, les interdictions définies à l'article L. 511-5 ne concernent ni les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1, ni les entreprises régies par le code des assurances, ni les sociétés de réassurance, ni les institutions de prévoyance régies par le titre III du livre IX du code de la sécurité sociale, ni les organismes agréés soumis aux dispositions du livre II du code de la mutualité, ni les entreprises d'investissement, ni les établissements de monnaie électronique, ni les établissements de paiement, ni les organismes collecteurs de la participation des employeurs à l'effort de construction pour les opérations prévues par le code de la construction et de l'habitation, ni les OPCVM ni les FIA relevant des paragraphes 1, 2, 3 et 6 de la sous-section 2, et des sous-sections 3, 4 et 5 de la section 2 du chapitre IV du titre Ier du livre II. »



des prêts consentis à des particuliers pour leurs besoins personnels qui font l'objet d'une harmonisation à l'échelle européenne. Elle devrait, de plus, se faire dans des conditions adaptées à la situation juridique et à la localisation des diverses catégories de cessionnaires, en distinguant selon que les cessionnaires sont (a) des entités financières régulées, autres que les établissements de crédit et les sociétés de financement, établies en France, (b) des entités financières régulées, autres que les établissements de crédit et les sociétés de financement, établies à l'étranger, ou (c) des entreprises non financières dites « cessionnaires qualifiés ».

a. S'agissant des cessions de créances bancaires non échues à des entités financières régulées, autres que les établissements de crédit et les sociétés de financement, établies en France

Les catégories d'institutions financières visées au premier alinéa de l'article L. 511-6 du CMF, parce qu'elles sont exclues du champ d'application du monopole du crédit en vertu dudit article, sont habilitées à acquérir des créances non échues à caractère professionnel auprès d'établissements de crédit ou des sociétés de financement, sous réserve des dispositions particulières qui leur sont applicables.

Ainsi, peuvent aujourd'hui acquérir des créances non échues les organismes d'assurance directement ou via des fonds de prêts ainsi que les Fonds d'Investissement Alternatifs (FIA), qu'il s'agisse non seulement des organismes de titrisation dont c'est l'objet même (article L. 214-168 du CMF), mais encore et par exemple :

- des fonds d'investissement à vocation générale dans la limite de 10 % de l'actif (article R. 214-32-19, §II du CMF) ;
- des fonds de fonds alternatifs, également dans la limite de 10 % (article R. 214-32-19, §II du CMF par renvoi de l'article R. 214-183 du même code) ; ou encore
- des fonds professionnels à vocation générale dans la limite de 50 % de l'actif (article R. 214-32-19, §II du CMF par renvoi de l'article R. 214-187 du même code et de l'article R. 214-190 du même code).

En outre, les fonds professionnels spécialisés mentionnés à l'article L. 214-154 du CMF - dont les contraintes d'investissement sont allégées - peuvent également investir dans des créances non échues sans limite par rapport à l'ensemble de leur actif.

En ce qui concerne l'opportunité d'étendre à d'autres types de FIA la possibilité d'acquérir des créances non échues, l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) a confirmé qu'il n'y avait pas, à ce stade, de demandes particulières en ce sens de la part des sociétés de gestion de portefeuille, non plus que sur l'opportunité de relever les plafonds de 10 % et 50 %.

Il pourrait cependant être envisagé que le plafond de 10 % soit spécifique aux acquisitions de créances et non inclus dans le « ratio poubelle » qui concerne également d'autres catégories d'actifs.



Le Groupe de travail a néanmoins relevé qu'une lecture littérale des dispositions du règlement du CRB n° 85-17 du 17 décembre 1985, et notamment celles du deuxième alinéa de son article 2¹⁵, pourrait conduire à considérer que les établissements de crédit ne sont aujourd'hui habilités à céder des créances non échues qu'à des entreprises elles-mêmes agréées en tant qu'établissements de crédit ou à des organismes de titrisation.

Le Groupe de travail préconise donc que ce règlement n° 85-17 du 17 décembre 1985 soit abrogé ou que sa rédaction soit entièrement révisée afin de l'adapter à la situation actuelle de la législation et des pratiques.

Par ailleurs, le Groupe de travail regrette le traitement différencié opéré par le CMF entre les organismes de titrisation et les autres catégories de fonds d'investissement, par exemple les fonds professionnels spécialisés, lors de l'acquisition et de la détention de créances. Ces différences de régime ne contribuent pas à créer un « *level playing field* » réglementaire au niveau national, ce qui peut être regrettable compte tenu des flexibilités souhaitées par ailleurs. Ces différences se traduisent aujourd'hui notamment par :

- l'absence pour les fonds d'investissement traditionnels de régime spécifique d'acquisition de créances, contrairement à celui prévu par l'alinéa 2 du IV de l'article L. 214-169 du CMF pour les organismes de titrisation. Dans un organisme de titrisation, l'acquisition des créances (et des sûretés et garanties qui y sont associées) peut avoir lieu par la simple remise d'un bordereau de cession, sans autre formalité. Cette modalité n'existe pas pour les autres types de fonds, ce qui peut entraîner des lourdeurs importantes en cas d'acquisition d'un portefeuille de créances ;

- l'absence pour les fonds d'investissement autres que les organismes de titrisation d'un régime protecteur en cas de faillite. Ainsi, seuls les organismes de titrisation bénéficient d'une absence expresse d'assujettissement aux procédures du Livre VI du Code de commerce (sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire), de la reconnaissance expresse de la validité des règles d'allocation des paiements et de subordination prévues par le règlement ou les statuts de l'organisme même en cas de liquidation de l'organisme (alinéa 3 du II de l'article L. 214-169 du CMF) ainsi que de l'impossibilité pour un créancier de procéder à ces mesures civiles d'exécution sur l'actif de l'organisme (alinéa 4 du II de l'article L. 214-169 du CMF).

Le Groupe de travail recommande donc que les dispositions applicables en ces domaines aux fonds de titrisation soient étendues à tous les fonds habilités à acquérir des créances bancaires non échues.

¹⁵ Alinéa 2 de l'article 2 du règlement n° 85-17 du 17 décembre 1985 relatif au marché interbancaire : « Seuls les établissements de crédit et les institutions visées à l'article L. 518-1 du Code monétaire et financier peuvent acquérir ou prendre en pension d'autres types de créances sous quelque forme que ce soit. Sans préjudice des opérations visées à l'article 1er du règlement n° 93-06, ces établissements et institutions ne peuvent céder ou remettre en pension lesdites créances à des personnes ayant une autre qualité. »



b. S'agissant des cessions de créances bancaires non échues à des entités financières régulées établies à l'étranger

L'actuelle rédaction du premier alinéa de l'article L. 511-6 du CMF ne dispose que pour les seules entités françaises.

Les organismes étrangers assimilables à des entités françaises mentionnées audit article (les Fonds Communs de Titrisation (FCT) par exemple), qui retiennent une interprétation littérale du texte, sont donc réticents à financer les établissements de crédit français. Cette réticence est d'autant plus compréhensible que, comme évoqué, la violation du monopole bancaire est assortie de sanctions pénales¹⁶.

Le Groupe de travail propose donc d'étendre explicitement la possibilité d'acquérir des créances bancaires non échues aux entités étrangères soumises à un régime équivalent à celui des établissements de crédit et des autres entités françaises mentionnées au premier alinéa de l'article L. 511-6 du CMF, ainsi qu'aux fonds de pension étrangers.

c. S'agissant des cessions de créances bancaires non échues à des entreprises non financières dites « cessionnaires qualifiés »

L'ouverture de la possibilité d'acquérir des créances bancaires non échues à des entités (entreprises, fondations, etc.) non financières a fait l'objet de débats au sein du Groupe de travail.

Certains de ses membres ont fait valoir que cette extension ne répondait à aucun besoin exprimé sur la place de Paris, tant par la profession bancaire que par les trésoriers des grandes entreprises.

D'autres ont observé que cette situation tenait sans doute à ce que cette possibilité n'était pas ouverte aujourd'hui et que l'ouvrir pourrait amener des demandes à s'exprimer qui pourraient contribuer à la liquidité et au partage du risque bancaire.

S'inspirant du précédent des investisseurs qualifiés admis en matière d'instruments financiers, le Groupe de travail a estimé, dans sa majorité, que les acquisitions de créances d'origine bancaire non échues par des entreprises non financières pourraient être autorisées au profit de « cessionnaires qualifiés » dans les conditions suivantes :

- L'acquisition de créances non échues serait réservée à des personnes morales ou entités ayant les moyens d'apprécier et de gérer le risque de crédit ;

¹⁶ Art. L. 571-3 du CMF : la violation du monopole bancaire est passible d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 375.000 euros d'amende.



- Ces cessionnaires qualifiés ne pourraient acquérir des créances non échues qu'à titre accessoire à leur activité principale ;
- Les créances cédées ne porteraient que sur des prêts non renouvelables accordés par des établissements de crédit ou des sociétés de financement et intégralement tirés par leurs bénéficiaires ;
- Les établissements ou sociétés cédants seraient tenus de conserver une part significative du risque de crédit attaché aux créances cédées. La quotité minimale de l'obligation de rétention¹⁷, ses conditions d'exercice et sa durée¹⁸ devraient être fixées par arrêté ministériel ;
- L'acquisition de créances non échues ne serait pas financée par emprunt.

Sous réserve du respect des conditions précitées, le Groupe de travail a donc estimé, à la majorité de ses membres, qu'il serait opportun d'élargir la possibilité d'acquérir des créances bancaires non échues à des entreprises non financières dites « cessionnaires qualifiés ».

2. Assouplir les conditions d'admission des opérations de trésorerie intra-groupe

L'Association Française des Trésoriers d'Entreprise (AFTE), entendue par le Groupe de travail, estime que la dérogation au monopole du crédit relative aux opérations de trésorerie intra-groupe est insuffisante dans la mesure où elle ne permet de réaliser ces opérations qu'avec des sociétés placées sous le contrôle « effectif » de la société mère, c'est-à-dire, en pratique, détenues majoritairement (en capital ou droits de vote) par celle-ci.

Pour les sociétés dans lesquelles la participation est comprise entre 5% et la majorité, la seule possibilité d'opération intra-groupe est l'avance d'associé en compte courant, soumise à des conditions qui ne permettraient, en pratique, d'assurer ni un financement aux conditions de marché, ni l'égalité de traitement entre les associés. L'AFTE souhaite, en conséquence que les opérations de trésorerie intra-groupe soient étendues aux opérations de cette nature réalisées avec toutes les sociétés détenues directement ou indirectement à au moins 5%.

Le Groupe de travail n'a pas cru possible de donner suite à cette demande qui remettrait en cause la notion même de groupe admise en droit français.

Toutefois, le Groupe de travail propose que l'exception au monopole du crédit relative aux opérations de trésorerie intra-groupe soit désormais étendue aux opérations de cette nature réalisées avec toutes les sociétés incluses dans le périmètre de consolidation ou de combinaison des comptes, ce qui reviendrait, dans le cas où des comptes consolidés sont établis, à l'étendre notamment aux sociétés dans lesquelles la société mère

¹⁷ Selon le Groupe de travail, la quotité minimale de rétention pourrait être fixée à 20%.

¹⁸ Selon le Groupe de travail, cette obligation de rétention pourrait cesser à compter de l'ouverture d'une procédure du Livre VI du Code de commerce ou d'une procédure étrangère équivalente.



dispose d'une influence notable, laquelle suppose, entre autres conditions, une participation d'au moins 20%. A défaut de consolidation, seraient admises les opérations réalisées avec toutes les sociétés contrôlées exclusivement au sens de l'article L. 233-16 du Code de commerce.

En outre, le Groupe de travail souhaite que soit juridiquement confortée la notion d'« opérations de trésorerie » mentionnée au 3° du I de l'article L. 511-7 du CMF, qui n'est définie aujourd'hui que par les travaux parlementaires de la loi bancaire de 1984 et par une lettre adressée le 6 décembre 1985 par le Directeur du Trésor au Président du Conseil National du Patronat Français laquelle continue de faire référence trente ans plus tard¹⁹.

3. Etendre de manière sélective la possibilité d'octroyer des prêts à caractère professionnel

La faculté d'octroyer des prêts à caractère professionnel est aujourd'hui admise pour les organismes d'assurance directement ou via des fonds de prêts et, plus récemment, avec l'entrée en vigueur du règlement du 29 avril 2015²⁰, pour les Fonds Européens d'Investissement à Long Terme (ELTIF).

a. Extension à certains FIA de la possibilité d'octroyer des prêts

La législation actuelle française ne confère pas cette possibilité aux fonds français. En effet, si elle autorise certains FIA à acquérir des créances non échues, elle ne les autorise pas pour autant à octroyer directement des prêts aux entreprises.

Les évolutions européennes en la matière ont conduit l'AMF à envisager d'autoriser certains des fonds français - les Fonds Professionnels Spécialisés (FPS), les Fonds Professionnels de Capital Investissement (FPCI) et les Organismes de Titrisation (OT) - à octroyer des prêts aux entreprises européennes non financières dans les conditions suivantes :

- Les sociétés de gestion souhaitant octroyer des prêts pour les fonds qu'elles gèrent devraient être agréées AIFM et avoir un programme d'activité agréé pour gérer des créances. Elles devraient notamment, pour ce faire, se doter des procédures d'analyse, de mesure et de suivi du risque de crédit prévues par l'Arrêté du 9 décembre 2013 relatif aux règles d'investissement des entreprises d'assurance dans des prêts ou des fonds de prêts à l'économie.

¹⁹ Lettre adressée le 6 décembre 1985 par le Directeur du Trésor au Président du Conseil National du Patronat Français : « La loi a donc simplement regroupé les deux types d'opérations de banque citées à l'article 1er (de la loi du 24 janvier 1984) que sont la réception de fonds et les opérations de crédit, ces dernières comprenant les engagements par signature aux termes de l'article 3. »

²⁰ Règlement (UE) n°2015/760 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2015 relatif aux fonds européens d'investissement à long terme.



- Les fonds autorisés à prêter devraient être des fonds fermés dans lesquels les rachats de parts sont interdits ou très sérieusement limités pendant la durée de vie du fonds en sorte que l'octroi des prêts se fasse sans transformation de maturité.
- Dans le même but, l'échéance des prêts ne pourrait être supérieure à la durée de vie du fonds.
- Les prêts consentis ne pourraient être financés par emprunt, de sorte que les fonds ne pourraient faire jouer l'effet de levier. Dans le même esprit, les fonds ne pourraient se livrer à la vente à découvert d'actifs, à des prêts/emprunts de titres ou à des mises ou prises en pension et ne pourraient recourir à des instruments dérivés qu'en couverture de leurs risques.

Dans un avis en date du 25 novembre 2015, le HCJP a approuvé le dispositif proposé par l'AMF, sous réserve toutefois des observations suivantes :

- **S'agissant des entreprises éligibles, il conviendrait de reprendre la condition de non cotation ou de capitalisation boursière inférieure à 500 millions prévue pour les ELTIF afin d'orienter les fonds collectés vers le financement des PME qui est prioritaire.**
- **S'agissant de la durée des prêts, autant il est essentiel de la limiter à la durée de vie du fonds, autant le HCJP ne voit pas l'utilité de fixer une durée minimale de 2 ans qui rendrait impossible tout prêt de trésorerie pouvant répondre à un besoin temporaire des entreprises éligibles.**
- **Enfin, à côté de la possibilité de se constituer un portefeuille diversifié de prêts réservée, à juste titre, aux fonds professionnels, moyennant des exigences lourdes de maîtrise du risque de crédit, il serait opportun d'ouvrir aux fonds de capital investissement, même non professionnels, la possibilité de consentir à titre accessoire des prêts, autres que les avances d'associé déjà admises, aux entreprises dans lesquelles ils ont des participations et ce, au prix de contraintes allégées en ce qui concerne le contrôle du risque de crédit qu'il sont, par construction, en mesure de suivre et d'apprécier.**

b. Possibilité pour les entreprises, à titre accessoire à leur activité principale et en lien avec celle-ci, d'octroyer des prêts à d'autres entreprises avec lesquelles elles ont des relations économiques le justifiant

Le Groupe de travail estime que le nouveau paragraphe 3 bis de l'article L. 511-6 du CMF, issu de la loi Macron du 6 août 2015²¹, ouvrant cette possibilité, répond bien aux besoins en matière de crédit inter-entreprises (lequel doit continuer à reposer à titre principal sur le respect des délais de paiement), à condition :

²¹ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.



- que la notion de relation économique²² soit interprétée de manière large et couvre bien l'ensemble des filières de production ;
- que cette relation donne à l'entreprise prêteuse une connaissance et une possibilité de suivi de la situation économique et financière de l'entreprise emprunteuse suffisante pour lui permettre d'apprécier et de suivre la solvabilité de cette dernière ;
- que les prêts ne puissent être consentis dans ce cadre qu'une fois satisfaites les conditions en matière de respect des délais de paiement ; et
- que les prêts consentis dans ce cadre ne soient pas limités en valeur absolue, mais que leur total ne dépasse pas un pourcentage - minoritaire mais significatif - de l'excédent de trésorerie de l'entreprise prêteuse, étant précisé que le Groupe de travail estime que ce pourcentage pourrait aller jusqu'à 30%.

Le Groupe de travail estime que si le nouveau paragraphe 3 bis de l'article L. 511-6 du CMF, issu de la loi Macron du 6 août 2015, répond aux besoins en matière de crédit inter-entreprises sous réserve du respect de certaines conditions, cette nouvelle exception au monopole du crédit ne doit pas conduire à une interprétation plus restrictive de la dérogation prévue au 1° du I de l'article L. 511-7 du CMF qui autorise les entreprises à consentir à leurs contractants des délais ou avances de paiement. A ce titre, le Groupe de travail recommande que la doctrine sur le sujet soit juridiquement confortée.

4. Soumettre les nouveaux prêteurs à des règles adaptées

Ce point a fait l'objet de débats au sein du Groupe de travail. Une thèse minoritaire a consisté à soutenir que, dans un souci de lisibilité de notre droit et d'attractivité de la Place de Paris, il serait préférable de ne pas réglementer ces nouveaux prêteurs.

Mais la majorité des membres du Groupe de travail a considéré qu'il était nécessaire de prévoir un minimum de règles harmonisées pour éviter les distorsions de concurrence et proportionnées à l'activité des acteurs, en application du principe « *Same business, same rules* ».

a. Distinguer entre deux catégories de prêteurs ...

Deux catégories de « nouveaux prêteurs » doivent être distinguées :

- ceux qui cherchent à se constituer un portefeuille diversifié de prêts ou de créances (organismes d'assurance, fonds de prêts, organismes de titrisation, FIA autorisés à investir une partie des fonds collectés dans un portefeuille de prêts ou de créances) ; et

²² La Fédération Bancaire Française (FBF) a souhaité au contraire que la notion de relation économique soit interprétée de manière stricte.



- ceux qui se bornent à consentir des prêts ponctuels à des entreprises déterminées (entreprises mentionnées au 3 bis de l'article L. 511-6 du CMF, fonds de capital investissement prêtant à titre accessoire à des entreprises dans lesquelles ils ont des participations).

b. ... répondant à la condition commune de ne pas spécifiquement financer leurs prêts par emprunt...

Ces deux catégories de prêteurs ont un point commun, qui est de financer leurs prêts sur fonds propres et non par emprunts ; ces prêteurs ne jouent donc pas d'effet de levier et n'effectuent pas ou peu de transformation de maturité. Il n'est donc pas pertinent de leur appliquer les exigences prudentielles de fonds propres et les ratios de liquidité applicables aux banques.

c. ... mais qui doivent respecter certaines règles communes.

Ces deux catégories de prêteurs doivent obéir à un nombre limité de règles communes.

Il s'agit d'abord des règles applicables à tous les prêteurs :

- Les règles concernant l'information du débiteur :
 - lors de l'octroi du prêt : il s'agit de l'information sur les caractéristiques du prêt et, s'il y a lieu, de la mise en garde contre les risques particuliers qu'il peut comporter ;
 - en cas de cession de créances non échues : les règles concernant l'information du débiteur ont été simplifiées par l'Ordonnance n° 2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, publiée au Journal officiel n° 0035 du 11 février 2016. Pour mémoire, l'information du débiteur, qui peut désormais résulter d'une simple notification et non plus d'une signification, n'est pas une condition de validité de la cession de créances entre les parties. Il s'agit d'une condition d'opposabilité de cette cession au débiteur cédé. Il n'est pas proposé de modifier cet état du droit.
- Les dispositions relatives au soutien abusif.

Il s'agit ensuite de certaines des règles applicables aux établissements de crédit et aux sociétés de financement :

- Les règles de secret bancaire pour les informations reçues dans le cadre de cession de créances ou pour l'octroi d'un prêt (article L. 511-33 du CMF) ;
- Un dispositif efficace de gestion des conflits d'intérêts ;
- Les obligations d'information de la Banque de France en contrepartie de l'accès au fichier FIBEN ; et
- En matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme (LCB-FT), les personnes autres que celles mentionnées à l'article L. 561-2 du CMF, qui dans l'exercice de leur profession, réalisent, contrôlent ou conseillent des opérations entraînant des mouvements de capitaux, sont tenues, aux termes de l'article L. 561-1 du même code, de déclarer au procureur de la République les opérations dont elles ont connaissance et qui portent sur des sommes qu'elles savent provenir de l'une des infractions mentionnées à l'article L. 561-15 du même code.



Ces règles devront être adaptées à la nature de l'activité et aux catégories des nouveaux prêteurs.

d. Des règles proportionnées à leur activité en matière de sélection des emprunteurs et de suivi des risques de crédit :

Les prêteurs doivent être soumis à des règles proportionnées à leur activité en matière de sélection des emprunteurs et de suivi des risques de crédit :

- Les obligations de définition d'une politique d'investissement et d'une mesure des risques globaux d'un portefeuille de crédit ne sont applicables qu'aux acteurs qui cherchent à se constituer un portefeuille diversifié de crédits ; les investisseurs ponctuels dans des entreprises déterminées doivent seulement être tenus de s'assurer d'une connaissance et d'un suivi suffisants de la situation économique et financière de l'emprunteur pour apprécier et suivre sa capacité de remboursement pendant la durée du prêt.

- L'accès au fichier FIBEN de la Banque de France, ouvert aux prêteurs de la première catégorie pour l'ensemble des entreprises figurant dans ce fichier, devrait être limité autant que possible aux entreprises concernées pour la deuxième catégorie de prêteurs, ce qui impliquerait notamment une modification des programmes informatiques du fichier FIBEN.

5. Sécuriser les possibilités ouvertes aux particuliers d'octroyer directement des prêts aux entreprises et - plus encore - aux ménages

L'épargnant moyen n'a ni la compétence ni les moyens nécessaires pour apprécier le risque du crédit aux entreprises et, plus encore, aux ménages. Ses interventions dans ce domaine ne peuvent qu'être limitées et, pour longtemps encore, intermédiées.

Le Groupe de travail estime qu'en ce domaine, il faut se limiter aux deux possibilités d'intervention prévues par des dispositions récentes, tant que ne pourront être tirées les leçons de ces expériences :

- La première est le financement participatif (« *crowdfunding* ») introduit au 7° de l'article L. 511-6 du CMF par l'ordonnance n°2014-559 du 30 mai 2014²³, qui permet aux personnes physiques, agissant à des fins non professionnelles ou commerciales, de consentir des prêts en vue de financer des projets déterminés (créatifs ou entrepreneuriaux). Le financement participatif est subordonné au respect de multiples conditions, et notamment, (i) le prêt est limité à 1.000 euros par investisseur et par projet lorsqu'il est consenti à titre onéreux et à 4.000 euros lorsqu'il est consenti à titre gratuit, (ii) la durée du prêt est limitée à sept ans, (iii) le montant total qui peut être emprunté par un porteur de projet ne peut excéder 1.000.000 d'euros²⁴ et (iv) le prêt est subordonné à l'intervention d'intermédiaires en financement participatif qui doivent être en mesure d'apprécier et de mesurer le risque de crédit pour sélectionner les projets proposés aux investisseurs.

²³ Ordonnance n° 2014-559 du 30 mai 2014 relative au financement participatif : Journal Officiel (JO) 31 mai 2014, p. 9075.

²⁴ Art. D. 548-1 du CMF.



- La deuxième est la possibilité ouverte aux personnes physiques (comme, d'ailleurs aux personnes morales) par le projet d'ordonnance pris en application de l'article 168 de la loi Macron²⁵ d'acheter ou de souscrire des bons de caisse dans le cadre du financement participatif.

Compte tenu des délais, le Groupe de travail n'a pas délibéré sur cette ordonnance. Dans la ligne des positions prises par le Groupe de travail sur les sujets précédents, son Président apprécie néanmoins que la priorité soit donnée aux financements intermédiés par des plateformes gérées par des Conseillers en Investissement Participatif (CIP) ou des Prestataires de Services d'Investissement (PSI) soumis aux règles de conduite applicables à ces professionnels, notamment en matière d'information, de mise en garde et de conseil. Il approuve également les dispositions tendant à plafonner les émissions et à les limiter aux sociétés ayant trois exercices et un capital totalement libéré ainsi qu'à retenir les formules de prêts les moins risquées.

Dans ces domaines qui touchent à la protection des épargnants et des emprunteurs, une certaine prudence au départ est la meilleure garante d'un développement sans heurts majeurs.

6. Sécuriser la qualification juridique des titres de créance

L'exception au monopole bancaire que constitue l'émission de titres financiers est prévue à l'article L. 511-7 du CMF. La question du bénéfice de cette exception et de la solidité de la qualification juridique des titres financiers est donc une question essentielle pour la Place de Paris, compte tenu de la nature pénale du monopole bancaire.

Or, cette qualification n'est pas assez solide pour certaines émissions, notamment d'euro PP, fréquemment utilisées sur le marché et largement discutées dans le document de Place « Charte de l'Euro Private Placement (ou Euro PP) » publié en juin 2014. Des incertitudes apparaissent en particulier pour les opérations de placements privés non cotés qui peuvent être initialement souscrits par une personne unique ou dont les modalités contractuelles peuvent limiter les catégories de cessionnaires possibles ou affecter les conditions dans lesquelles les titres peuvent être cédés. Des opinions doctrinales divergentes s'expriment sur les possibles requalifications de ces schémas en prêts bilatéraux.

Or, il ressort des informations recueillies par le Groupe de travail que ces risques n'existent pas dans le droit des principales places financières européennes voisines où la notion de titre financier est essentiellement caractérisée par sa corporalité.

Ce seul critère formel ne correspond cependant pas à la tradition juridique française et n'a pas semblé au Groupe de travail pouvoir constituer le seul élément à partir duquel, en droit français, la qualification des

²⁵ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.



titres financiers pouvait être assurée. La sécurisation de cette qualification ne doit pas non plus passer par l'exigence d'une pluralité de porteurs. Une même émission de titres financiers peut en effet valablement être détenue par un porteur unique.

Les titres financiers, lorsqu'ils sont émis en territoire français et soumis à la législation française, sont des instruments émis en exécution d'un contrat, matérialisés par une inscription en compte et transmissibles par virement de compte à compte. L'élément caractéristique de leur qualification juridique est leur « *négociabilité* » (article L. 211-14 du CMF), c'est-à-dire la qualité leur permettant d'être transmis plus rapidement et plus efficacement que par les procédés usuels du droit civil et sans recours aux formalités obligatoires exigées de la cession civile²⁶. Cette notion de négociabilité ne se confond donc pas avec celle de cessibilité.

Certes un titre dont les modalités interdiraient purement et simplement la cession, pour des périodes autres que ponctuelles, ne saurait être considéré comme négociable. Mais à l'inverse, il doit être possible de convenir ou restreindre les conditions de sa cession ou de son transfert (clauses d'agrément, catégories de cessionnaires, périodes d'incessibilité, etc.), sans remettre en cause son caractère négociable, pour autant que ces restrictions n'aboutissent pas, en droit ou en pratique, à une interdiction ou une impossibilité de céder les titres concernés pendant toute leur durée de vie.

Il est donc proposé de :

1° Clarifier comme suit l'article L. 211-2 du CMF :

« Article L. 211-2. – Les titres financiers, qui comprennent les valeurs mobilières au sens du deuxième alinéa de l'article L. 228-1 du code de commerce, ne peuvent être émis que par l'Etat, une personne morale, un fonds commun de placement, un fonds de placement immobilier, un fonds professionnel de placement immobilier ou un fonds commun de titrisation. Ces titres peuvent être souscrits par une seule personne. »

2° Compléter comme suit l'article L. 211-14 du CMF :

« Article L. 211-14. – A l'exception des parts des sociétés civiles de placement immobilier mentionnées à l'article L. 214-114 et des parts des sociétés d'épargne forestière mentionnées à l'article L. 214-121, les titres financiers sont négociables.

Les dispositions du premier alinéa ne font pas obstacle à ce que les parties conviennent de restrictions au transfert d'un titre de créance pour autant qu'elles n'aient pas pour effet d'interdire ou d'empêcher la cession de ce dernier jusqu'à son échéance. »

²⁶ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF.



CONCLUSION

Les mesures proposées tendent à éviter des arbitrages réglementaires et des délocalisations défavorables à la Place Financière de Paris, tout en évitant de porter atteinte à la solidité du système bancaire français qui constitue un élément de sa force. Aussi doivent-elles être ciblées et encadrées comme le propose le rapport :

- Centrées d'abord sur des dispositions qui permettent de concilier la compétence éminente et irremplaçable des établissements de crédit et des sociétés de financement en matière d' « origination » des prêts et la possibilité d'alléger leur bilan d'une partie des risques de crédit, ce à quoi tend l'ouverture de la possibilité de céder des créances bancaires non échues à d'autres entités.
- Ciblées ensuite sur les domaines dans lesquels il peut être utile d'ouvrir de nouvelles sources de financement autres que les financements bancaires et les financements de marché, comme les crédits de trésorerie aux PME dépendant d'un même groupe ou incluses dans une même filière de production.
- Encadrées enfin, de manière à ce que le risque de crédit ne soit pas renvoyé sans filtres aux investisseurs finaux, notamment les investisseurs de détail. D'où l'importance que revêt, dans ce système pour partie « bancairement désintermédié », d'intermédiaires financiers soumis à un tronc commun de régulation et, là où c'est nécessaire, de contrôle.



LISTE DES ANNEXES :

- Annexe 1** Composition du Groupe de Travail « Monopole Bancaire »
- Annexe 2** Liste des représentants des organisations auditionnées
- Annexe 3** Le « monopole bancaire » et ses justifications – Eléments de réflexion – A. Pietrancosta, janvier 2016
- Annexe 4** Propositions du Groupe de travail concernant la cession de créances non échues – PH. Cassou, 12 octobre 2015
- Annexe 5** Les règles actuellement imposées en France aux entités accordant ou acquérant des prêts à caractère professionnel – PH. Cassou, 3 juillet 2015
- Annexe 6** Fiche technique – L'extraterritorialité – A. Caillemer du Ferrage, mai 2015
- Annexe 7** Tableau de comparaisons internationales – A. Caillemer du Ferrage
- Annexe 8** Observations de la Fédération Bancaire Française (FBF) sur l'Avant-Projet de Rapport du Haut Comité Juridique de Place sur le monopole bancaire, 10 février 2016
- Annexe 9** FBF – Introduction d'une dérogation au « monopole bancaire » pour les cessions de créances non échues
- Annexe 10** AFTE – Exceptions au monopole bancaire – Audition du 16 décembre 2015
- Annexe 11** ASF – Audition du 17 septembre 2015



ANNEXE 1

**Composition du Groupe de Travail
« Monopole bancaire »**

Le 14 mars 2016



Le Groupe de travail « Monopole Bancaire » est composé des membres suivants :

- **Jacques Delmas-Marsalet**, Président du Groupe de travail et rapporteur du présent rapport
- **Laura Gabay**, Avocate du cabinet Bredin Prat, rapporteur adjoint du présent rapport
- **Christophe Arnaud**, Directeur adjoint des Services juridiques de la Banque de France
- **Sébastien Bonfils**, Directeur adjoint à la Direction des Affaires juridiques de l'AMF
- **Bertrand Brehier**, Responsable adjoint du département « Réglementation bancaire et financière » de la Société Générale, représentant de la FBF
- **Alban Caillemer du Ferrage**, Avocat associé du cabinet Jones Day
- **Malo Carton**, Direction Générale du Trésor
- **Pierre-Henri Cassou**, Consultant et Président de l'Observatoire des Fonds de Prêts à l'Economie
- **Eric Fontmarty-Larivière**, Adjoint au chef du service de la Réglementation financière de l'ACPR
- **Henry de Ganay**, Directeur des Affaires juridiques de l'ACPR
- **Gérard Gardella**, Secrétaire Général du HCJP
- **Rodolphe Lelté**, Direction Générale du Trésor
- **Pierre Minor**, Directeur juridique et conformité de Crédit Agricole S.A., représentant de la FBF
- **Gilles Petit**, Chef du service de la Réglementation financière de l'ACPR
- **Alain Pietrancosta**, Professeur à l'Université Paris I
- **Stéphane Puel**, Avocat associé du cabinet Gide Loyrette Nouel
- **Hubert de Vauplane**, Avocat associé du cabinet Kramer Levin



ANNEXE 2

Liste des représentants des
organisations autionnées

Le 14 mars 2016



Le Groupe de travail a procédé à l'audition des représentants des organisations suivantes :

- Pour la Fédération Bancaire Française (FBF) :
 - M. Alain Gourio, Directeur du département Expertise juridique et conformité de la FBF ; et
 - M. Pierre Minor, Président du Comité juridique de la FBF, Directeur juridique et conformité de Crédit Agricole S.A.

- Pour l'Association Française des Trésoriers d'Entreprise (AFTE) :
 - M. Alexandre Akhavi, Président de la Commission juridique de l'AFTE, Responsable juridique du groupe EDF ; et
 - M. Bruno Fitsch-Mouras, Vice-Président de la Commission juridique de l'AFTE, Responsable juridique du groupe Orange.

- Pour l'Association Française des Sociétés Financières (ASF)
 - Mme Françoise Palle-Guillabert, Déléguée Générale de l'ASF ; et
 - Mme Karine Rumayor, Directeur juridique de l'ASF.



ANNEXE 3

Le « Monopole Bancaire » et ses
justifications - éléments et réflexion -
A. Pietranscosta

Janvier 2016



LE « MONOPOLE BANCAIRE » ET SES JUSTIFICATIONS ÉLÉMENTS DE RÉFLEXION

Alain Pietrancosta, Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris, janvier 2016.

1. La définition juridique du monopole bancaire français fait l'objet de **critiques**¹. Certaines sont anciennes et récurrentes ; d'autres plus nouvelles, voire radicales en ce qu'elles paraissent toucher à l'institution définie elle-même. Toutes se trouvent aujourd'hui portées par le **contexte** global. La redistribution actuelle des cartes quant à l'accès aux différents modes de financement de l'économie privée et à leurs avantages comparés, résultant notamment du récent resserrement des contraintes prudentielles bancaires et du développement corrélatif des sources financières complémentaires ou alternatives ouvertes aux entreprises², d'ailleurs encouragé par les pouvoirs publics tant européens que nationaux, invite à réévaluer le champ dudit monopole. Il importe en effet de s'assurer de son adaptation à cette nouvelle donne financière, de sorte qu'il ne soit susceptible d'entraver, sans raison légitime, la réalisation d'opérations de financement utiles à l'économie française.

2. Cette réappréciation de la définition du monopole bancaire devrait être l'occasion de rappeler les **qualités générales attendues** du droit de la matière. Compte tenu des effets y attachés, dont le caractère structurant n'est guère contestable, l'énoncé d'une telle définition devrait satisfaire, autant que faire se peut, aux exigences de précision technique, de rigueur terminologique, de cohérence interne et européenne, de sécurité et de prévisibilité juridique ; tandis qu'une étude comparée devrait être menée afin d'en évaluer l'impact en termes d'attractivité de notre territoire. À en juger par les propos critiques émanés des praticiens et des auteurs, le droit français compterait à cette aune des marges de progression significatives, qu'il s'agirait d'exploiter.

3. La réflexion sur les **justifications** du monopole bancaire devrait s'inscrire dans le cadre d'une telle démarche. Une vision claire des raisons présidant à la réservation de certaines opérations financières à une catégorie d'entreprises hautement réglementées, constitue à n'en pas douter un préalable nécessaire à l'élaboration d'une réglementation rationnelle et cohérente, dont la lisibilité, l'interprétation et la stabilité ne peuvent que s'en trouver facilitées.

4. Exercice délicat en soi, l'étude de ces justifications, dont on ne peut pas dire qu'elle soit servie par une littérature juridique abondante ou explicite, est rendue complexe par la teneur du monopole lui-même. Elle suppose en effet une **clarification préalable de l'objet étudié** et une mise en évidence de sa pluralité. On n'engagera pas ici de débat sémantique sur la rectitude de l'expression « *monopole bancaire* ». On se contentera d'indiquer : qu'elle ne doit pas être comprise au sens économique du terme ; qu'elle est simplement utilisée pour désigner l'existence d'un « domaine réservé » à une catégorie d'entreprises (établissements de crédit

¹ V. récemment : H. de Vauplane, *Le monopole bancaire sert-il (encore) à quelque chose ?*, *Revue Banque* n° 782, 26 fév. 2015 ; P.-H. Cassou, *L'évolution actuelle des modes de financement est naturelle*, *L'Agéfi Hebdo*, 13 fév. 2014.

² V. les récents travaux de l'OCDE : *Financing SMEs and Entrepreneurs 2015 An OECD Scoreboard* ; *New Approaches to SME and Entrepreneurship Financing: Broadening the Range of Instruments*, Apr. 2015.



ou, le cas échéant, sociétés de financement) agréées publiquement pour les qualités et garanties qu'elles présentent ; qu'elle constitue une commodité de langage ne renfermant aucune connotation péjorative ou parti pris, pas plus que ne le ferait, sous notre plume, la référence au monopole des médecins ou des avocats.

5. Il est plus essentiel, en revanche, en raison de l'angle d'approche retenu, de mettre en évidence le diptyque sur lequel repose le monopole bancaire français, tel qu'il ressort des deux alinéas de l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier (Comofi, réd. Ord. n° 2013-544 du 27 juin 2013) qui composent sa définition : **« Il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit ou une société de financement d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel.**

Il est, en outre, interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit de recevoir à titre habituel des fonds remboursables du public... ».

6. La distinction opérée entre ces deux interdits, qui délimitent en creux deux « domaines réservés » distincts aux établissements concernés - établissements de crédit et sociétés de financement, pour le premier ; établissements de crédit, pour le second - , s'impose en effet à un double titre.

En premier lieu, la nature propre des opérations considérées conduit à penser que leur réservation obéit, au moins partiellement, à des **préoccupations différentes** compte tenu des risques particuliers y associés.

Il tombe sous le sens que la **protection des dépôts du public** répond à une impérieuse nécessité d'intérêt particulier et général justifiant l'existence d'un domaine réservé aux établissements de crédit, à raison des règles prudentielles et assurantielles qui leur sont applicables.

D'un point de vue plus techniquement financier, les risques inhérents à la « transformation » des dépôts bancaires en prêts, augmentée par le jeu du multiplicateur bancaire, source de création monétaire, ajoutent à la sensibilité du domaine visé et à l'exigence d'une appréhension juridique spécifique. De fait, la conduite d'une politique monétaire efficace exige une identification et une mesure précise des éléments constitutifs de la masse monétaire ainsi qu'une délimitation, également précise, des instruments de la politique monétaire, au plan national et européen.

Par contraste, la nature et le très large éventail des situations pouvant se rencontrer dans le cadre d'opérations de crédit effectuées habituellement par des personnes ne recevant pas de fonds remboursables du public, laissent moins facilement apparaître l'existence d'une justification aussi impérieuse ou reposant sur des fondements communs.

7. En second lieu, et l'argument est ici juridiquement dirimant, le **domaine réservé relatif à la réception de fonds remboursables du public**, défini à l'alinéa 2 de l'article L. 511-5 du Comofi, est de **source européenne**, ce qui limite l'emprise du législateur français. Il n'est en effet que la traduction nationale des dispositions contraignantes adoptées au niveau de l'Union européenne.

Les États membres se voient ainsi contraints par l'article 9 § 1 de la directive européenne n° 2013/36/UE du 26 juin 2013, dite **CRD IV**, d'interdire « *aux personnes ou aux entreprises qui ne sont pas des établissements de crédit d'exercer l'activité de réception de dépôts ou d'autres fonds remboursables du public* ».



Tandis que l'article 4 § 1 du règlement européen n° 575/2013 du 26 juin 2013, dit **CRR**, érige cette activité réservée au rang d'élément définitionnel fondamental de l'établissement de crédit, conçue comme « *une entreprise dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour son propre compte* ».

Au regard de ce domaine réservé, la **marge de manœuvre** laissée aux États membres de l'Union européenne se révèle donc étroite *a priori*. Elle n'est cependant pas insignifiante et ce, pour une double raison.

D'une part, si l'on admet que l'article 9 § 1 de la CRD IV est d'harmonisation minimale, la possibilité est ouverte aux États membres de retenir une **définition plus englobante** de la notion d'« *activité de réception de dépôts ou d'autres fonds remboursables du public* ». Bien que l'ordonnance du 27 juin 2013 ait rapproché l'énoncé de l'interdit français de celui prévu par la directive du 26 juin 2013 (extension à « *toute personne* » et non plus aux seules entreprises ; ajout d'un élément tiré de l'habitude³), la formulation française demeure légèrement différente pour délimiter ce monopole, défini à partir de l'interdiction faite à « *toute personne autre qu'un établissement de crédit de recevoir à titre habituel des fonds remboursables du public* », ceux-ci devant s'entendre largement comme « *les fonds qu'une personne recueille d'un tiers, notamment sous la forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte mais à charge pour elle de les restituer* » (art. L. 312-2 Comofi).

Les raisons et l'opportunité d'une telle différence vis-à-vis du texte européen mériteraient d'être évaluées en termes de sécurité et de compétitivité juridique. La référence française à l'habitude, plutôt qu'à « *l'activité* » (version française de la CRD IV), au « *business* » (version anglaise de la directive) ou à la « *profession* » (*gewerbsmäßig*) (version allemande de la directive), est loin d'être neutre lorsque l'on sait l'ampleur que notre jurisprudence a conférée à la première notion. La question de son maintien devrait, nous semble-t-il, être posée non pas isolément, mais en liaison avec son emploi au premier alinea de l'art. L. 511-5 du Comofi.

D'autre part, et de manière cette fois très explicite, la CRD IV **désactive** le monopole de la réception de dépôts ou d'autres fonds remboursables dans un certain nombre d'**hypothèses** listées, auxquels s'ajoutent les « *cas visés expressément par le droit national ou de l'Union, à condition que ces activités soient soumises à des règlements et contrôles visant à la protection des déposants et des investisseurs* » (art. 9 § 2 CRD IV).

Le droit français fait assez largement usage de cette faculté, mais d'une manière qui soulève un certain nombre de **difficultés** de lecture, de compréhension et de cohérence. C'est ainsi que :

- l'art. L. 312-2 du Comofi (réd. Ord. n° 2013-544 du 27 juin 2013) dispose que « *ne sont pas considérés comme fonds remboursables du public* :

³ Rappelons qu'avant sa modification par l'ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013, l'art. L. 511-5 interdisait « à toute entreprise autre qu'un établissement de crédit de recevoir du public des fonds à vue ou à moins de deux ans de terme ». Le droit français avait en effet pris le pli de distinguer l'étendue du monopole selon le terme prévu pour le remboursement des fonds : une interdiction absolue s'appliquait pour les fonds à vue ou à moins de deux ans de terme, dont la réception était fermée même à titre occasionnel aux entreprises non établissement de crédit ; tandis que l'interdiction ne frappait que la réception à titre habituel pour les fonds remboursables dans un délai au moins égal à deux ans.



1. Les fonds reçus ou laissés en compte par les associés en nom ou les commanditaires d'une société de personnes, les associés ou actionnaires détenant au moins 5 % du capital social, les administrateurs, les membres du directoire et du conseil de surveillance ou les gérants ainsi que les fonds provenant de prêts participatifs ;

2. Les fonds qu'une entreprise reçoit de ses salariés sous réserve que leur montant n'excède pas 10 % de ses capitaux propres. Pour l'appréciation de ce seuil, il n'est pas tenu compte des fonds reçus des salariés en vertu de dispositions législatives particulières ».

- l'art. R. 312-18 du Comofi (résultant du décret n° 2014-737 du 30 juin 2014, art. 2), portant application de l'art. L. 312-2 précité, dispose qu'il convient d'assimiler au recueil de fonds remboursables du public, les émissions de titres de créance mentionnés au 2 du II de l'article L. 211-1 (lequel exclut les effets de commerce et les bons de caisse), sauf exceptions tenant :

- . à la nature des titres : titres subordonnés de dernier rang et titres participatifs ;
- . à l'importance du ticket d'entrée : titres dont la valeur nominale est égale ou supérieure à 100.000 € (sauf TCN) ;
- . aux types de souscripteurs : émissions réservées à des investisseurs qualifiés ou aux personnes fournissant le service de gestion de portefeuille pour le compte de tiers.

- l'art. L. 511-6 du Comofi rend inapplicables les deux interdictions fulminées à l'art. L. 511-5, à un certain nombre d'entreprises réglementées (not. les entreprises d'assurance ou de réassurance, les entreprises d'investissement, les établissements de monnaie électronique, les établissements de paiement, les OPCVM, certains FIA⁴, institutions de prévoyance etc.)⁵ ;

- l'art. L. 511-7 du Comofi prévoit que les deux interdictions définies à l'article L. 511-5 ne font pas obstacle à ce qu'une entreprise puisse réaliser un certain nombre d'opérations, dont certaines pourraient s'apparenter à une réception de fonds remboursables du public. Il est en particulier fait mention de la remise d'espèces en garantie d'une opération sur instruments financiers ou d'une opération de prêt, de la prise ou mise en pension d'instruments financiers et effets publics, et de l'émission de titres financiers, dès lors que l'entreprise émettrice n'effectue pas d'opération de crédit.

Ce **listage disparate** contribue assez peu à l'édification du lecteur et à la clarification de la notion de réception de fonds du public, dont on pourrait attendre une définition positive, synthétique et substantielle, permettant

⁴ Il s'agit des FIA relevant des paragraphes 1, 2, 3 et 6 de la sous-section 2, et des sous-sections 3, 4 et 5 de la section 2 du chapitre IV du titre Ier du livre II : à savoir les fonds d'investissement à vocation générale (FIVG), les fonds de capital investissement (OPCI), les fonds de fonds alternatifs, les fonds ouverts aux investisseurs professionnels et fonds d'épargne salariale et les organismes de titrisation (OT).

⁵ Et par transparence, les GIE composés de membres agréés, v. CECEI, rapport annuel 2007, p. 24.



de dissiper les doutes existant sur la consistance des éléments-clés de la notion (« public », « remboursement », « disposition » ou « libre disposition »⁶ des fonds).

Une certaine **confusion** résulte singulièrement de l'entremêlement de situations qui apparaissent constituer des illustrations négatives de la notion, par exclusion notamment de personnes non assimilables au public, et de situations qui entrent naturellement dans le champ de la notion de réception de fonds remboursables du public, mais qui s'en trouvent dérogatoirement sorties par détermination de la loi ou du règlement pour des raisons diverses.

On s'étonnera par exemple qu'une dérogation puisse couvrir une opération que l'on pensait par nature réfractaire à la qualification de réception de fonds remboursables du public, telle l'émission de titres de capital, couverte littéralement par l'art. L. 511-7, lequel ne distingue pas entre les catégories de « titres financiers ». Les titres de créance subordonnés étant exclus de la notion même de fonds remboursables du public (art. R. 312-7 Comofi), il est somme toute paradoxal que le sort des titres de capital ne soit réglé qu'au détour d'une simple dérogation.

De manière générale, l'articulation de la dérogation législative relative à l'émission de titres financiers et des cas de non-assimilation réglementaires des titres de créance à une réception de fonds du public (art. R. 312-18) mériterait d'être améliorée, ne serait-ce que pour satisfaire à l'objectif de lisibilité et d'intelligibilité de la loi.

Quant à la condition tirée de l'absence d'opération de crédit réalisée par l'émetteur de titres financiers, introduite par l'ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement, sa formulation est d'une telle généralité et d'une telle imprécision qu'elle aboutirait potentiellement à insécuriser toute émission de titres financiers. Littéralement, le texte pourrait signifier la défense faite à toute société ordinaire ayant réalisé une seule opération de crédit dans sa vie, de procéder à des émissions de titres de créance ordinaires par voie d'offres au public, voire à des augmentations de capital, y compris par placements privés !

Aux défauts d'incohérence et d'explicitation positive des termes de la notion, y compris au plan international, on ajoutera les doutes que certaines dérogations ou exclusions pourraient soulever en termes de **légalité** européenne. L'allusion du considérant 14) de la CRD IV à la nécessité d'inclure dans le champ des mesures prudentielles les établissements dont l'activité consiste à recevoir du public des fonds remboursables, aussi bien sous la forme de dépôts que sous d'autres formes, telles que l'émission « *continue* » d'obligations et d'autres titres comparables, pourrait à cet égard prêter à interprétation. Plus directement, l'article 9 § 2 de la CRD IV n'admet ces dérogations ou exclusions qu'à la « *condition que ces activités soient soumises à des règlements et contrôles visant à la protection des déposants et des investisseurs* ». À l'heure où l'on propose de libéraliser le régime juridique français des placements privés obligataires, à juste raison selon nous, la question n'est pas anodine. Mais il est vrai que cette fragilité des dérogations et exclusions nationales est avant tout la conséquence directe d'une formulation étroite, et quelque peu reprochable, de la directive européenne elle-même.

⁶ Rappelons que la notion de réception des fonds du public est interprétée comme excluant les fonds reçus avec affectation spéciale, v. CECEI, rapport annuel 2007, p. 27.



8. La **latitude des États membres** de l'Union européenne est plus franche au-delà de l'exigence minimale commune de soumettre l'activité de réception de dépôts et autres fonds remboursables du public au monopole bancaire. Les textes européens mentionnés abandonnent aux États membres le soin de **soumettre toute autre activité au monopole bancaire** et de déterminer ainsi les activités réservées. Qu'on le déplore ou que l'on s'en félicite, l'existence de cet espace de dysharmonie potentielle européenne oblige chaque État membre à prendre position souverainement, tout en intégrant les risques de handicap normatif concurrentiel qui peuvent en résulter. Ce choix national suppose en conséquence l'accomplissement d'un travail de réflexion, d'évaluation et de comparaison internationale, qui ne saurait faire l'économie d'une introspection sur les raisons justifiant l'établissement de domaines réservés additionnels à celui imposé à l'échelle européenne.

9. L'adoption du « paquet CRD IV » européen n'a pas conduit la **France** à se départir de son attachement à l'institution du **monopole des opérations de crédit**. Alors que la définition européenne de l'établissement de crédit, centrée exclusivement sur l'activité de « transformation », l'obligeait à en exclure les entreprises dont l'activité consiste à octroyer des crédits pour leur propre compte sans collecter de fonds remboursables du public, le législateur français entreprit par ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 de créer le statut de « *société de financement* », au régime très proche celui des établissements de crédit, afin de maintenir à périmètre le plus constant possible ce domaine réservé.

La chose est inscrite à l'**art. L. 511-5** alinéa 1er du Comofi, qui « *interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit ou une société de financement d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel* ». L'opération de crédit devant être comprise à titre principal, en vertu de l'**art. L. 313-1** du Comofi, comme « *tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie* ».

10. Cette interdiction souffre là aussi d'une série d'**exclusions ou dérogations**. Certaines sont conçues d'une manière plutôt **subjective** (art. L. 511-6), au profit notamment :

- d'un certain nombre d'**entreprises réglementées** (not. les entreprises d'assurance ou de réassurance, les entreprises d'investissement, les établissements de monnaie électronique, les établissements de paiement⁷, les OPCVM, certains FIA⁸, institutions de prévoyance etc.) ; auxquelles s'ajoutent :

⁷ Il y a lieu ici de tenir compte de l'art. 18 de la Directive européenne dite « DSP 2 » 2015/2366 du 25 novembre 2015, dont l'art. 18 § 4 dispose que : « 4. Les établissements de paiement ne peuvent octroyer des crédits liés aux services de paiement visés à l'annexe I, point 4 ou 5, que si toutes les conditions suivantes sont remplies :

a) le crédit a un caractère accessoire et est octroyé exclusivement dans le cadre de l'exécution d'une opération de paiement ;
b) nonobstant la réglementation nationale relative à l'octroi de crédits au moyen d'une carte de crédit, le crédit consenti dans le cadre d'un paiement et exécuté conformément à l'article 11, paragraphe 9, et à l'article 28 est remboursé dans un bref délai, qui n'excède en aucun cas douze mois ;
c) ce crédit n'est pas octroyé sur la base des fonds reçus ou détenus aux fins de l'exécution d'une opération de paiement ;
d) les fonds propres de l'établissement de paiement sont à tout moment, de l'avis des autorités de surveillance, appropriés au regard du montant global du crédit octroyé. »

⁸ Il s'agit des FIA relevant des paragraphes 1, 2, 3 et 6 de la sous-section 2, et des sous-sections 3, 4 et 5 de la section 2 du chapitre IV du titre Ier du livre II : à savoir les fonds d'investissement à vocation générale (FIVG), les fonds de capital investissement (OPCI), les fonds de fonds alternatifs, les fonds ouverts aux investisseurs professionnels et fonds d'épargne salariale et les organismes de titrisation (OT).



- les **organismes sans but lucratif** pour leurs prêts à conditions préférentielles ;

- les **associations** sans but lucratif et fondations reconnues d'utilité publique accordant certains prêts, notamment pour la création, le développement et la reprise d'entreprises :

Interdites d'offre au public d'instruments financiers, ces associations peuvent financer leur activité par des ressources empruntées auprès des établissements de crédit ou des sociétés de financement et, depuis la « loi Macron » du 6 août 2015, par des emprunts gratuits d'une durée supérieure ou égale à deux ans, auprès de personnes morales non financières ou de personnes physiques, dûment avisées des risques encourus ;

- les personnes morales pour les **prêts participatifs** qu'elles consentent ;

- les **entreprises** pour les avances sur salaires et prêts exceptionnels consentis à leurs **salariés** pour des motifs d'ordre social ;

- plus récemment (Ord. n° 2014-559 du 30 mai 2014 sur le financement participatif ou crowdfunding, entrée en vigueur le 1er octobre 2014), les **personnes physiques** qui, agissant à des fins non professionnelles ou commerciales, consentent des prêts dans le cadre d'un **crowdfunding** :

Ces prêts sont, rappelons-le, soumis à un certain nombre de **conditions** :

. un plafond est fixé du côté des financeurs : le prêt par personne est limité à 1.000€ par projet lorsqu'il est consenti à titre onéreux et à 4.000€ par personne et projet lorsqu'il est consenti à titre gratuit (art. D. 548-1 C. mon. et fin.) ;

. la durée d'un crédit est limitée à 7 ans ;

. le montant total qui peut être emprunté par un porteur de projet, à 1.000.000€ ;

. la rémunération d'un prêt ne peut comporter qu'un taux fixe mentionné à l'article 313-3 du code de la consommation (art. L. 511-6, 7° C. mon. et fin.) ;

- plus récemment encore, en application de la « **loi Macron** » **du 6 août 2015**, les sociétés qui consentent, à titre accessoire à leur activité principale, des **prêts** de courte durée à des entreprises avec lesquelles elles entretiennent certains liens économiques.

Âprement débattu, le texte ouvre ainsi le droit français au *peer-to-peer financing*, mais dans des conditions étroitement encadrées. À l'interdiction, est substituée une **autorisation sous 13 conditions**⁹ :

Conditions relatives à la société prêteuse : il doit s'agir

1) d'une société par actions (SA, SCA, SAS, SE) ou d'une SARL ;

2) dont les comptes font l'objet d'une certification par un commissaire aux comptes.

Conditions relatives au prêt : le prêt doit être consenti

3) à titre accessoire à l'activité principale de la société prêteuse,

⁹ V. B. Dondero, Blog, 24 juill. 2015 : <http://brunodondero.com/tag/credit-inter-entreprises/>



4) être à moins de deux ans :

Il a été relevé au cours des travaux parlementaires que « les financements de court terme ne sont pas privilégiés par les banques du fait qu'ils sont faiblement rémunérateurs et ne sont pas attractifs en termes de gestion de flux » ;

5) l'octroi de ce prêt ne peut avoir pour effet d'imposer à un partenaire commercial des délais de paiement ne respectant pas les plafonds légaux définis aux articles L. 441-6 et L. 443-1 du Code de commerce. Le prêt doit en outre être

6) formalisé dans un contrat,

7) soumis à la procédure des conventions réglementées.

Conditions relatives à l'emprunteur, qui doit :

8) relever de la catégorie des micro-entreprises, des PME ou des entreprises de taille intermédiaire,

9) entretenir avec la société prêteuse des liens économiques justifiant le prêt.

Puisque la seule existence de liens économiques suffit, des sociétés non liées sur le plan capitalistique ou n'appartenant pas à un même groupe, pourront en conséquence se financer au moyen de tels prêts :

ex. de l'aide d'un co-traitant qui développe un produit novateur ; ou de l'aide d'un fournisseur ou d'un client sans lequel un marché risque d'être perdu ou qui permettrait d'acquérir un bien spécifique.

Conditions supplémentaires :

10) un décret en Conseil d'État à intervenir (annoncé pour novembre 2015) fixera les conditions et les limites dans lesquelles les sociétés par actions et SARL pourront octroyer des prêts.

11) Le montant des prêts consentis sera communiqué dans le rapport de gestion,

12) fera l'objet d'une attestation du commissaire aux comptes selon des modalités prévues par décret en Conseil d'État.

Il est encore prévu que

13) nonobstant toute disposition ou stipulation contraire, les créances détenues par le prêteur ne pourront, à peine de nullité, être acquises par un organisme de titrisation, un fonds professionnel spécialisé ou faire l'objet de contrats constituant des instruments financiers à terme ou transférant des risques d'assurance à ces mêmes organismes ou fonds ;

- et plus près de nous encore, depuis la **loi du 17 août 2015 sur la transition énergétique, les sociétés dites de « tiers financement »** :

Rappelons que le mécanisme de tiers-financement (« TF »), inséré par la loi Alur (loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové), consiste à faire financer une rénovation de bâtiment par un tiers, à qui les propriétaires versent ensuite des loyers (inférieurs à l'économie énergétique réalisée). L'actionnariat des STF est majoritairement composé de collectivités territoriales.

11. Moins longue, la **seconde liste** comporte des **dérogations** (art. L. 511-7) de type plutôt objectif, visant spécialement :

- les délais ou avances de paiement accordés par une entreprise à ses contractants ;

- ou les opérations de trésorerie conclues par une entreprise avec des sociétés du même groupe : sont visées



les sociétés « *ayant avec elle, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres* ».

Et l'on ne s'arrêtera pas là. Sont déjà prévues des **dérogations** ouvrant :

- la possibilité pour les entreprises individuelles ou sociétaires d'émettre, y compris par voie d'offre au public ou par l'intermédiaire de plateformes de crowdfunding, des bons de caisse représentatifs de prêts jusqu'à cinq ans d'échéance et sans plafond, pouvant être souscrits par des personnes physiques ou morales¹⁰ ;
- ou encore la possibilité pour les personnes morales de prêter dans le cadre du **crowdlending**¹¹.

Une **consultation publique AMF** a d'ailleurs été ouverte du 22 octobre au 4 décembre 2015, destinée à recueillir l'avis de toutes les parties intéressées sur la possibilité pour les **fonds d'investissement** de droit français de prêter directement à des entreprises.

De fait, bien que bénéficiaires d'une exemption libellée dans des termes assez généraux (art. L. 511-6), les textes spéciaux régissant les fonds se révèlent limitatifs quant à la capacité de ces derniers à originer des prêts.

L'entrée en application à partir de décembre 2015 du **règlement européen** n° 2015/760 sur les fonds européens d'investissement de long terme (FEILT ou **ELTIF** en anglais), lequel permet à ces fonds de prêter dans des conditions restrictives, conduit à reposer la question de la possibilité pour des fonds français d'octroyer des prêts¹².

12. Si l'on met à part les innovations que représentent l'ouverture de la loi Macron au crédit inter-entreprises ou celle liée au **crowdlending**, ces exclusions et dérogations constituent pour l'essentiel des solutions traditionnelles de notre droit bancaire. Elles n'en sont pas moins les cibles privilégiées des **critiques** actuelles.

Certaines de ces critiques revêtent un caractère **technique**. On a, par exemple, dénoncé l'étroitesse de la dérogation relative aux opérations de trésorerie intra-groupe, dont la lettre est en partie contredite par des interprétations administratives non opposables, insusceptibles en conséquence d'apporter la sécurité juridique nécessaire à la réalisation d'opérations d'une telle importance pratique.

On peut également relever l'existence de dissymétries entre la liste des dérogations et exclusions relatives à la réception de fonds remboursables du public et celle portant sur l'octroi de crédit. Ainsi, l'émission de titres financiers figure expressément dans le cercle des premières, tandis que la souscription de tels titres,

¹⁰ Sur la nécessité pour la création de bons de caisse de respecter le monopole bancaire, v. CA Paris, 9e ch. B, 12 mars 1992: *JurisData* n° 1992-020960 ; *Dr. sociétés* 1992, comm. 193, obs. H. Hovasse ; *Lamy Droit du Financement*, 2015, n° 1906.

¹¹ V. les ord. que le gouvernement est habilité à prendre par l'art. 168 de la loi Macron.

¹² V. la loi n° 2015-1786 du 29 décembre 2015 de finances rectificative, qui autorise les fonds professionnels spécialisés (art. L. 214-154 C. mon. et fin.), les fonds professionnels de capital investissement (art. L. 214-160 C. mon. et fin.) et les organismes de titrisation (référence étant désormais faite à l'octroi de prêts parmi les risques auxquels ces organismes sont exposés, v. art. L. 214-168 C. mon. et fin.) (art. L. 214-169 C. mon. et fin.) à « consentir des prêts aux entreprises, dans les conditions fixées par le règlement (UE) n° 2015/760 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2015 relatif aux fonds européens d'investissement à long terme, lorsqu'ils ont reçu l'autorisation d'utiliser la dénomination « ELTIF » en application de ce même règlement, ou dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. ».



éventuellement constitutive de prêts, n'est nulle part inscrite parmi les secondes. À l'inverse des opérations de *crowdfunding*, visées au titre des secondes, mais non des premières. La bilatéralisation des dérogations et exclusions ne s'imposant pas toujours d'évidence, la sécurité juridique pourrait commander de compléter ces références hémiplogiques.

On pourrait encore évoquer l'insuffisante précision du champ d'application international du monopole.

D'autres critiques portent sur l'**étendue** du monopole français du crédit. Aux termes déjà particulièrement compréhensifs compris dans le texte de l'art. L. 313-1 du Comofi, qui vise « *tout acte* » par lequel des fonds sont mis à disposition d'une personne et, au-delà, « *toute garantie* », vocable sans grande consistance juridique, la **jurisprudence** a apporté sa contribution à l'extension du domaine réservé en consacrant une interprétation inclusive de ses éléments définitionnels.

Deux des principales illustrations du mouvement peuvent être ici rappelées. D'une part, les juridictions françaises - tant judiciaires qu'administratives - ont décidé qu'il convenait d'assimiler l'**acquisition de créances non échues** à une opération de crédit¹³, en ce qu'elle serait assimilable à une opération d'affacturage ou d'escompte. La qualification n'est pas même écartée lorsque le crédit sous-jacent ne relève pas du monopole bancaire. Or, une assimilation générale soulève pour le moins des réserves, exprimées en doctrine¹⁴, laquelle appelle à sécuriser les acquisitions de créances non échues ordinaires, entendues comme celles ne comportant pas de la part de l'acquéreur une avance ou un engagement d'avance de fonds à l'égard de l'emprunteur (type « *revolving* »), ou encore certains types d'acquisitions de créances non échues irréductibles à des opérations de crédit, en particulier lorsqu'elles portent sur un débiteur en situation financière précaire ou présentent un caractère litigieux¹⁵. Il est généralement admis que, sur ce point encore, le droit français se singularise au plan européen par sa position restrictive, susceptible d'entraver d'utiles opérations de refinancement ou d'inciter à la délocalisation.

Il est ensuite reproché aux juges français l'amplitude conférée à la notion d'« **habitude** », interprétée généralement comme commençant avec la deuxième opération de crédit consentie au deuxième bénéficiaire¹⁶, et parfois plus strictement encore, à partir du premier acte¹⁷. Si l'on décèle là un certain rapprochement avec le sens attribué à la notion d'habitude en d'autres domaines du droit applicable aux professions réglementées, il n'est pas certain que l'analogie soit pertinente, compte tenu des différences pouvant exister au niveau des risques encourus. On observe au surplus une dissymétrie entre la définition des établissements de crédit énoncée à l'article L. 511-1, qui vise la « *profession habituelle* » et l'interdiction prononcée à l'article

¹³ Cass., Crim., 20 fév. 1984, n° 83-90.738, Bull. crim., n° 62. - TGI Paris, 11e ch., 6 juill. 1982 : JCP 1983, éd. CI, II, 13939 ; CA Paris, 15e ch. B, 19 janv. 2006, Grinberg et a. c/ SA Jet Flint ; Conseil d'État, statuant au contentieux, 8 juill. 1987, n° 47192.

¹⁴ V. not. J. Lhomme, C. Caffard, *Considérations sur le monopole bancaire*, Banque Magazine, oct. 2004, p. 37 ; J-F Adelle, *Le monopole bancaire constitue-t-il une restriction excessive aux crédits syndiqués en France ?*, Rev. Droit bancaire et financier n° 2, mars 2005, étude n° 6 ; E. Chvika, *L'acquisition de créances bancaires à l'épreuve du monopole bancaire*, Rev. Droit bancaire et financier n° 5, sept. 2013, étude n° 23.

¹⁵ Vasseur, *Droit et économie bancaire*, fasc. IA, 1985-86, p. 79.

¹⁶ V. les obs. de F. J. Crédot et Y. Gérard, *Exigence d'une activité habituelle*, Revue de Droit bancaire et financier n° 2, mars 2003, 58, et B. Dondero, *L'habitude en matière de violation du monopole bancaire*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 23, 5 juin 2003, 853.

¹⁷ V. Cass. com., 4 juin 2002 : RD bancaire et fin. 2002, p. 181, note Crédot et Gérard ; Cass., Crim., 19 mars 2008, Bull. crim. 2008, n° 70 (complicité d'exercice illégal de la profession de banquier) ; CECEI, Rapport annuel 2007, p. 29.



L. 511-5, qui se contente d'une simple « *habitude* ». D'autant que dans le secteur voisin des services d'investissement, les articles L. 531-4 et L. 531-10 recourent tous deux à l'expression « *à titre de profession habituelle* ».

C'est enfin le **principe** même du monopole du crédit qui a pu être questionné récemment par un auteur autorisé, à raison du flou qui entoure sa justification et du handicap compétitif international que celui-ci pourrait constituer pour la France¹⁸.

13. Cet **effort de clarification des justifications** du monopole du crédit constitue effectivement un préalable nécessaire à toute proposition éventuelle de réforme de la matière, afin de permettre à celle-ci de satisfaire davantage aux objectifs attendus de lisibilité, d'intelligibilité, de cohérence, d'efficacité et d'attractivité internationale.

Les justifications généralement avancées au soutien de l'institution d'un monopole du crédit sont multiples, même s'il est assez frappant de constater que leur recensement complet est rarement effectué et oblige le chercheur à puiser à diverses sources.

Le monopole constituerait, tout d'abord, un **instrument de politique économique**. Le fait peut difficilement être nié. Il est même ancré historiquement. Le monopole bancaire est né des deux lois du 13 et 14 juin 1941¹⁹, en ce qui concerne la collecte de dépôts, ainsi que de l'ordonnance du 2 décembre 1945, en ce qui concerne la distribution de crédits, dont il a gardé en grande partie sa configuration, dans un contexte d'économie administrée et d'organisation corporative. Il sera à partir des années 1950 mis au service d'une distribution sélective du crédit, puis dans les années 1960 à 80, d'une politique quantitative du crédit dite de « l'encadrement du crédit ».

Si ces références appartiennent désormais au passé, le concours du monopole du crédit à la satisfaction d'objectifs publics d'ordre macro-économique renouvelés continue d'être invoqué²⁰. L'on songe en particulier à la stabilité ou à la sécurité du système financier, ou plus spécifiquement à la prévention du risque systémique. Il est en effet susceptible de participer à la sélection et à la couverture des risques-crédit, au contrôle de l'expansion du crédit et des effets de levier. Il peut encore permettre l'établissement entre les fournisseurs professionnels du crédit des conditions d'une saine et loyale concurrence, et limiter les possibilités de financements illicites, à raison des obligations issues de la réglementation anti-blanchiment/anti-terrorisme.

À ces considérations d'intérêt général, s'ajoutent des préoccupations liées à la **protection des intérêts des parties** concernées. Le monopole du crédit peut en effet être considéré comme favorable à l'intérêt des bénéficiaires du crédit, protégés par la confidentialité (secret bancaire) et la réglementation des crédits, qui fait peser

¹⁸ H. de Vauplane, *Le monopole bancaire sert-il (encore) à quelque chose ?*, Revue Banque n° 782, 26 fév. 2015.

¹⁹ Loi n° 2-532 du 13 juin 1941 relative à la réglementation et à l'organisation de la profession bancaire ; loi n° 2-533 du 4 juin 1941 relative à la réglementation et à l'organisation des professions se rattachant à la profession de banquier.

²⁰ V. CECEI, rapport annuel 2007, p. 27 : « Ce choix est inspiré par le souci de permettre une surveillance globale des activités de financement, notamment au titre de la politique monétaire, de garantir aux emprunteurs une sécurité et une compétence convenables et d'assurer à tous les intervenants des conditions égales de concurrence ».



sur les établissements des contraintes strictes en termes notamment de rupture du crédit ou de soutien abusif. Sous un autre angle, il peut être conçu comme protecteur des fournisseurs de crédit, fournisseurs actuels agréés, on l'a vu, mais aussi fournisseurs potentiels, interdits d'accès à une activité risquée sans possession des nécessaires niveaux d'information et capacités d'analyse professionnelles correspondants.

14. Cette rapide recension des raisons invoquées au soutien du monopole du crédit ne clôt cependant pas le **débat**. Elle contribue au mieux à en poser les termes ou à en fixer les enjeux.

La simple énumération laisse en effet sans réponse la question de l'articulation ou, plus directement, de l'éventuelle hiérarchie des facteurs. Les raisons avancées relèvent, en effet, pour certaines, de l'ordre public de direction et, pour d'autres, de l'ordre public de protection ; avec l'incertitude qui s'attache généralement au tracé de leurs frontières respectives.

De même, l'on est frappé de constater le désaccord existant dans la doctrine juridique lorsqu'il s'agit d'identifier ou de classer les principales finalités du monopole du crédit. Singulièrement, entre les deux finalités protectrices particulières des emprunteurs et des prêteurs, les auteurs soutiennent des interprétations divergentes²¹. Entre les impératifs liés à la défense de l'intérêt général et celle d'intérêts catégoriels, une opposition de vues s'est également fait jour, lorsqu'il a été question de comprendre les raisons de l'éviction de la nullité des prêts consentis en violation du monopole. Le bris d'un certain courant jurisprudentiel favorable à la nullité au motif que « le monopole bancaire protège non seulement l'intérêt général et celui de la profession, mais aussi celui des cocontractants privés », qui a été opéré en 2005 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation²², a pu être compris ici, comme illustrant un changement de position quant à la raison d'être principale du monopole, fondé désormais sur le seul ordre public de direction²³, et là, comme résultant de considérations essentiellement pragmatiques.

Or, la question d'une séparation, voire d'une possible hiérarchie, des impératifs servis par le monopole du crédit n'est pas neutre en termes de politique juridique. De fait, peut-il s'induire de la détermination opérée, une délimitation différente de la définition et du périmètre du monopole. **À chaque justification, son monopole**, oserait-on dire.

15. C'est sur cette base que la **discussion** sur l'adaptation aux besoins économiques actuels de la définition et du périmètre du monopole du crédit, et donc sur l'existence d'éventuels coûts d'opportunité, nous semble devoir s'engager.

²¹ « En matière d'octroi de crédit, le monopole ne se justifie en effet pas par la volonté de protéger la clientèle », M. Roussille, *Que reste-t-il du monopole bancaire ?*, Mélanges AEDBF-France VI, spéc. p. 614 ; comp. « La nécessité de prendre en considération l'intérêt des clients pour admettre la nullité des actes conclus en violation d'un monopole s'impose », obs. T. Bonneau, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 18, 5 mai 2005, 690.

²² Cass. ass. plén., 4 mars 2005, pourvoi n° H 03-11.725 ; arrêt n° 524 P, Van Haare Heijmeijer c/ Sté AXA Bank : *Juris-Data* n° 2005-027413.

²³ V. J. Stoufflet, *Le défaut d'agrément bancaire n'entraîne pas la nullité des contrats conclus* (Cass., Ass. plén., 4 mars 2005, Huber), *RDBF*, mai-juin 2005, p. 48 ; pour une critique de la solution, v. T. Bonneau, obs. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 18, 5 mai 2005, 690.



Souhaite-t-on assurer la **protection des parties** par l'institution, sans pour autant s'exposer au reproche de verser dans un paternalisme excessif ? On pourrait alors décider d'intégrer des paramètres distinctifs tirés de la qualification ou des capacités financières respectives des intéressés ; et d'assurer cette protection, là où elle s'avère nécessaire, au moyen de dispositions juridiques plus adaptées et moins radicales qu'un principe de prohibition. La consécration de la notion de « *prêteur qualifié* » au-delà du seul cercle bancaire, définie à partir de l'aptitude de l'intéressé à appréhender et supporter le risque de crédit, à l'instar de la figure de l'investisseur qualifié dessinée par le droit des titres financiers, permettrait de cantonner utilement les mesures les plus prohibitives. L'introduction d'une catégorie d'« *emprunteur qualifié* » fonderait de son côté la mise à l'écart le concernant, de dispositions dont l'esprit relève plutôt du droit de la consommation.

Souhaite-t-on plutôt placer principalement l'institution au service de la stabilité et de l'intégrité du système financier global, comme y porte le mouvement général actuel au plan français et européen ? On pourrait alors logiquement choisir de définir des seuils significatifs de matérialité, ou si l'on préfère des exceptions de *minimis*, et au-delà soumettre les fournisseurs non bancaires de crédit à des normes prudentielles, notamment en termes de levier, ajustées à leur situation propre, et non par simple extrapolation des règles bancaires, comme cela est actuellement prévu pour les sociétés de financement. Ces seuils de matérialité pourraient être définis à partir de critères qualitatifs et/ou quantitatifs, sur le modèle allemand par exemple²⁴, et remplacer avantageusement la notion française d'habitude, dont le caractère extensif peut exposer à la sanction pénale sans utilité démontrée et engendrer par voie de conséquence des effets contre-productifs. Le recours à des éléments fondés sur l'existence d'une activité « professionnelle » de fourniture de crédit, principale ou accessoire²⁵, renvoyant ordinairement au dessein de l'intéressé d'en tirer un profit suffisant pour subvenir aux besoins de l'existence²⁶, pourrait à ce titre être envisagé, ce qui permettrait d'inscrire dans un cadre cohérent des situations telles que l'ouverture aux contrats de financement conclus entre entreprises entretenant des liens économiques, prévue par la « loi Macron » du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. La clarification des fondements de l'institution devrait en effet faciliter la rationalisation des dérogations qui lui sont apportées. La frontière devrait ainsi être mieux tracée, parce que mieux comprise, entre l'illicite et le licite, afin de prévenir les évitements trop commodes. Le sujet de la sortie définitive du monopole des opérations structurées sous forme de titres financiers, suivant le modèle allemand, pourrait, par exemple, être directement traité.

La question demeure naturellement celle de la praticabilité d'une législation horizontale, proportionnée et fonctionnelle, fixée sur les risques présentés par les activités et les acteurs du marché du crédit, qui permettrait de concilier les impératifs de stabilité du système financier et de loyauté de la concurrence entre

²⁴ Aux termes de l'art. 1er de la loi bancaire allemande (KWG), « les établissements de crédit sont des entreprises qui exercent des activités bancaires à titre professionnel (*gewerbsmäßig*) ou qui effectuent des opérations de crédit d'une telle ampleur (*in einem Umfang*) qu'elles nécessitent la mise en place d'une organisation commerciale (*kaufmännischer Weise*).

²⁵ Rappelons, à cet égard, que la loi du 14 juin 1941 prévoyait déjà la possibilité pour les entreprises et personnes d'accomplir des opérations de crédit comme « objet accessoire de leur activité principale », sous réserve d'un simple « enregistrement » et du respect de la réglementation afférente à la catégorie d'opérations effectuées.

²⁶ V. CA Paris, 27 sept. 1996, RJ com., avr. 1997, p. 161, note X. Vincent.



fournisseurs de crédit, selon le principe « *same business, same risks, same rules* »²⁷, et ceux de satisfaction des besoins de financement, en particulier du côté des entreprises rencontrant des difficultés d'accès au crédit bancaire ou en quête de diversification de leurs sources financières, et d'adaptation aux voies nouvelles de financement.

En cohérence avec la **démarche méthodologique**, inspirée du « Mieux légiférer », que le Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris entend promouvoir, de telles pistes de réformes ne sauraient en toute hypothèse être explorées sans l'étai d'analyses d'impact sérieuses et approfondies, chargées d'évaluer les enjeux pratiques des différents sujets évoqués, de situer notre droit internationalement en termes de sécurité et d'attractivité, lequel formule des exigences additionnelles propres qui apparaissent aujourd'hui souvent incompréhensibles et dissuasives pour les acteurs opérant à l'échelle internationale, et d'établir les bilans coûts/bénéfices des différentes options envisageables. L'exigence pourrait cependant être allégée s'agissant de simples corrections techniques, de mesures de mise en cohérence, voire de certains alignements compétitifs faisant l'objet d'un large consensus.

²⁷ La situation des sociétés de financement est topique, soumises à des règles prudentielles proches de celles applicables aux établissements (sauf effet de levier), alors qu'elles ne peuvent recevoir de dépôts du public, et soumises à des restrictions en termes de possibilités de refinancement supérieures à celles ouvertes aux sociétés ordinaires (v. l'art. L. 223-3 Comofi, réd. Ord. n° 2013-544 du 27 juin 2013, qui interdit l'émission de bons de caisse aux sociétés de financement). V. encore le régime des sociétés de tiers-financement, qui pourront fournir du crédit sans répondre à un régime prudentiel contraignant.



ANNEXE 4

Propositions du Groupe de Travail
concernant la cession de créances
non échues

Ph. Cassou

12 octobre 2015



GROUPE DE TRAVAIL « MONOPOLE BANCAIRE »

PROPOSITIONS CONCERNANT LA CESSION DE CRÉANCES NON ÉCHUES

1/ Objet de la présente note

A la suite de la présentation du premier rapport d'étape du groupe de travail, le HCJP lui a demandé de lui soumettre des propositions en vue de permettre, en France, la cession de créances non échues de caractère professionnel¹ à des entreprises autres que des établissements de crédit ou à des sociétés de financement. La présente note a ainsi pour objet de décrire les propositions du groupe de travail en ce domaine, telles qu'elles ont été retenues en conclusion de sa réunion du 17 juin 2015.

2/ Le régime actuel des créances non échues et les difficultés qu'il fait naître

Aux termes de l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier², « *il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit ou une société de financement d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel* ». Diverses exceptions à cette interdiction sont toutefois prévues par les articles L. 511-6 et L. 511-7 de ce code en faveur de personnes ou d'opérations de natures très diverses³.

Or, en application de jurisprudences régulièrement renouvelées, l'acquisition de créances non échues est assimilée à une opération de crédit et l'octroi ou l'acquisition de prêts à plus d'une personne est considérée comme une activité habituelle.

Il en résulte que, dans l'état actuel des textes et de la jurisprudence, les créances non échues ne peuvent être librement cédées par les établissements de crédit ou les sociétés de financement ayant leur siège en France, alors même qu'elles peuvent l'être dans la plupart des pays qui lui sont proches, géographiquement ou économiquement.

Dans un monde de plus en plus intégré, où les capitaux circulent librement et où les services financiers sont peuvent être proposés de manière transfrontalière, cette interdiction spécifique au droit français comporte des inconvénients sérieux, de caractère tant économique que juridique :

- elle favorise des délocalisations, en incitant des agents économiques résidents à effectuer à l'étranger des opérations financières qui ne leur sont pas ouvertes en France. Ainsi, lorsque des banques françaises sont

¹ En l'absence de mesures communautaires d'harmonisation de la distribution de prêts à des clients autres que des personnes physiques pour leurs besoins personnels, chaque Etat membre reste en effet libre de déterminer les conditions d'octroi et d'acquisition de tels prêts, désignés dans cette note sous la dénomination de « crédits de caractère professionnel »...

² Ci-après désigné COMOFI

³ Les textes des articles L 511-5, L 511-6 et L 511-7 en vigueur à la date de la rédaction de la présente note sont reproduits en annexe 1.



sollicitées par des investisseurs, notamment étrangers, pour acquérir des créances non échues, en vue de diversifier leurs actifs, elles ne peuvent répondre à de ces demandes qu'en cédant d'abord de telles créances à une filiale bancaire implantée dans un autre pays, par suite non soumise aux limitations du droit français ;

- elle est la cause d'incertitudes juridiques qui, là encore, nuisent à la compétitivité de la place. Ainsi certains juristes étrangers font valoir à leurs clients que l'acquisition de créances soumises au droit français pourrait être critiquée par les juridictions françaises et qu'ils devraient donc limiter leurs opérations d'achat à des créances elles mêmes régies par un droit étranger.

3/ Les mesures à prévoir pour assurer la sécurité juridique de cessions de créances non échues

Les réflexions menées par le groupe l'ont conduit à constater que, pour assurer la sécurité juridique de cessions de créances non échues à des personnes autres que des banques ou des sociétés de financement implantées en France, il fallait prévoir des mesures adaptées à la situation juridique et à la localisation des diverses catégories de cessionnaires.

Trois types de dispositions doivent ainsi être envisagés, selon que ces cessionnaires sont :

- des entreprises non financières exerçant des activités en France,
- des investisseurs exerçant leurs activités à l'étranger,
- des entreprises financières, autres que des établissements de crédit, exerçant des activités en France.

3.1 Cessions de créances à des entreprises non financières exerçant des activités en France

Compte tenu de l'état actuel de la législation et de l'interprétation qui en a été donnée par les juridictions compétentes, ouvrir la possibilité de céder des créances non échues à des personnes ou des entités exerçant des activités en France mais ne bénéficiant des exceptions aujourd'hui prévues aux articles L. 511-6 et L. 511-7 du COMOFI implique d'introduire dans ce code une série de modifications afin de préciser les conditions dans lesquelles ces cessions pourraient être réalisées.

La définition de ces conditions relève, à maints égards, de considérations d'opportunité.

Pour ce qui le concerne, le groupe considère que les cessions de créances non échues à des entités non financières exerçant des activités en France pourraient être autorisées dans les conditions suivantes :

- a/ compte tenu des règles spécifiques régissant les crédits accordés à des personnes physiques pour des besoins personnels, elles devraient, au moins dans un premier temps, ne porter que sur des prêts de caractère professionnel ;
- b/ pour garantir une sélection appropriée des créances cédées, elles ne devraient également porter que sur des prêts accordés par des établissements de crédit ou des sociétés de financement et non sur des crédits consentis par d'autres catégories de personnes ;



c/ pour assurer l'alignement des intérêts des cédants et des cessionnaires, les établissements ou sociétés cédants devraient être tenus de conserver une part des créances cédées, tant en financement qu'en risque, les quotités minimales de rétention étant fixées par voie réglementaire⁴ ;

d/ pour prévenir l'asymétrie de position et d'information entre cédants et cessionnaires, les créances cédées ne devraient pouvoir être acquises que par des personnes à même d'apprécier les risques inhérents à ces actifs. L'acquisition de créances non échues pourrait ainsi être réservée à des « *cessionnaires qualifiés* » ou encore « *éligibles* », répondant à des critères comparables à ceux prévus dans le cas des « *investisseurs qualifiés* », définis au II de l'article L. 411-2 du COMOFI. Ces cessionnaires devraient ainsi disposer « *des compétences et des moyens nécessaires pour appréhender les risques inhérents aux opérations*⁵ » de crédit et répondant en pratique à des conditions de taille fixées par décret⁶ ;

e/ afin de maintenir une claire distinction entre sociétés de financement et « *cessionnaires qualifiés* » ou « *éligibles* », ceux-ci ne devraient enfin être autorisés à acquérir de créances non échues qu'à titre accessoire à leurs activités et non à en faire leur activité principale.

Une esquisse de disposition législative reprenant l'ensemble de ces suggestions est donnée en annexe 2 à la présente note.

3.2 Cessions à des investisseurs exerçant leurs activités à l'étranger

Le groupe de travail a été informé d'un projet d'amendement à l'article L 511-6 du COMOFI que la FBF avait envisagé de proposer lors de la discussion du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite « loi Macron »).

Ce projet d'amendement était rédigé comme suit :

⁴ En pratique, ces quotités minimales pourraient être déterminées par décret ou par arrêté ministériel, pris en application des points 4/ et 8/ de l'article L 611-1 du Code monétaire et financier.

⁵ Les mots en italiques sont ceux utilisés à l'article L. 411-2 du COMOFI pour définir les « investisseurs qualifiés ».

⁶ Telle est la formule retenue dans le cas des « investisseurs qualifiés », définis au II de l'article L. 411-2 du COMOFI. L'article D. 411-1 prévu pour l'application de celui-ci considère comme tels les « clients professionnels », visés à l'article L. 533-16, et les « contreparties éligibles », visées à l'article L 533-20.

Les conditions auxquelles doivent répondre ces deux catégories d'intervenants sont définies respectivement par les articles R. 533-11 et R. 533-13 du COMOFI qui, l'un et l'autre, mentionnent « les entités remplissant au moins deux des trois critères suivants, sur la base des états comptables individuels :

- total du bilan égal ou supérieur à 20 millions d'euros ;
- chiffre d'affaires ou recettes nettes égaux ou supérieurs à 40 millions d'euros ;
- capitaux propres égaux ou supérieurs à 2 millions d'euros.»



« 7. aux entités de droit similaires à celles visées au premier paragraphe du présent article, aux établissements bancaires étrangers, aux entreprises d'assurance et de réassurance, aux organismes de retraites, aux fonds de pension, aux mutuelles, aux institutions de prévoyance, aux organismes de placement collectif, aux fonds d'investissement alternatifs, aux entités ayant un objet similaire aux organismes de titrisation, de droit français ou de droit étranger, qui acquièrent ou à qui sont transférées des créances non échues résultant d'opérations de crédit conclues par des établissements de crédit, des sociétés de financement ou par l'une des autres institutions et entités visées au premier alinéa du présent article avec des emprunteurs de droit public ou de droit privé, autres que des personnes physiques ».

Des informations recueillies auprès de représentants de la FBF, de juristes appartenant à de grands établissements et d'avocats spécialisés, il apparaît que ce projet d'amendement répond essentiellement à un besoin de sécurisation juridique des éventuelles cessions de créances non échues à des investisseurs étrangers.

Comme ceci a été indiqué précédemment, certains juristes, notamment étrangers, considèrent en effet que les exceptions au « monopole » de la distribution de crédit prévues au premier alinéa de l'article L. 511-6 du COMOFI ne visent que des entités régies par le droit français ou, le cas échéant, par le droit d'autres Etats membres de l'Union européenne. Ils estiment en revanche qu'elles ne peuvent s'appliquer à d'autres entités, même de caractère financier, régies par les droits d'autres pays étrangers. Ils considèrent par suite qu'il peut exister un doute sur la conformité à la législation française d'éventuelles cessions, à de telles entités étrangères, de créances non échues réalisées en France par des établissements de crédit, ce qui les conduit à conseiller à leurs clients d'effectuer de préférence ce type d'opérations dans d'autres pays.

Pour assurer la compétitivité de la place française et prévenir des délocalisations d'activités, la FBF considère ainsi nécessaire de modifier le COMOFI de manière à lever cette incertitude juridique décrite. Le groupe de travail partage cette appréciation et propose par suite donc de retenir, dans son principe, l'amendement préparé par la FBF, tout lui apportant certaines modifications rédactionnelles .

Ce texte mériterait en effet d'être complété pour viser expressément diverses catégories d'entités qui n'y sont pas citées, telles que les institutions financières internationales, les Etats, les fonds souverains, les banques centrales ainsi que, d'une manière générale, les entités qui, dans leur pays, ont la capacité juridique d'acquies des créances non échues. Une esquisse de rédaction alternative est donnée en annexe 2 à la présente note.

3.3 Cessions à des entreprises financières, autres que des établissements de crédit, exerçant des activités en France

La législation française actuelle autorise diverses catégories d'institutions financières à consentir des prêts, dans des conditions propres à chacune d'entre elles. Très logiquement, ces facultés sont prises en compte dans le COMOFI, puisqu'il prévoit explicitement, au 1er alinéa de son article L. 511-6, que ces catégories d'institutions n'entrent pas dans le champ de l'interdiction prévue à l'article L. 511-5 (cf. § 2 ci-dessus et annexe 1).



On devrait en déduire que chacune de ces catégories d'institutions financières est légalement habilitée à acquérir des créances non échues auprès d'établissements de crédit ou des sociétés de financement qui les leur proposeraient. C'est d'ailleurs la position qu'adoptent de nombreux juristes et c'est en vertu d'un tel raisonnement que de nombreux établissements de crédit ont considéré qu'ils pouvaient conclure des accords avec des entreprises d'assurance en vue de leur céder des portefeuilles de créances non échues.

Il faut néanmoins observer que ces positions et ces raisonnements ne tiennent pas compte les dispositions du règlement n° 85-17 du 17 décembre 1985⁷, notamment celles du 2ème alinéa de son article 2. Celui-ci prévoit en effet que « *seuls les établissements de crédit et les institutions visées à l'article L. 518-1 du Code monétaire et financier⁸ peuvent acquérir ou prendre en pension d'autres types de créances sous quelque forme que ce soit. Sans préjudice des opérations visées à l'article 1er du règlement n° 93-06⁹, ces établissements et institutions ne peuvent céder ou remettre en pension lesdites créances à des personnes ayant une autre qualité.* »

Une lecture littérale de ce texte devrait conduire à considérer que les établissements de crédit ne sont pas aujourd'hui habilités à céder des créances non échues à des entreprises qui ne sont pas elles-mêmes agréées en tant qu'établissements de crédit. C'est d'ailleurs ce qui est relevé dans certains articles consacrés au « monopole bancaire du crédit »¹⁰.

Il faut observer que, depuis 1997, la rédaction du règlement n° 85-17 n'a pas été modifiée et qu'elle ne prend donc pas en compte les évolutions de la législation financière intervenues au cours des dix-huit dernières années. Ce texte ne tient en particulier compte ni de la création de nouvelles catégories d'institutions ou d'entités financières¹² ni de l'élargissement des opérations de prêts ouvertes aux entreprises d'assurance¹¹. Aucune nouvelle interprétation de ce règlement n'en a été non plus donnée. Les professionnels peuvent par suite légitimement considérer que ce texte est aujourd'hui obsolète.

Le maintien du règlement n° 85-17 dans sa rédaction actuelle ne paraît guère compatible avec le souci de sécurité et de clarté juridique auquel doit veiller le HCJP.

Pour assurer la cohérence de l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires qui s'appliquent aux établissements de crédit, il conviendrait donc soit que ce texte soit abrogé, soit que sa rédaction soit entièrement révisée afin de l'adapter à la situation actuelle de la législation et des pratiques. En ce cas, il devrait notamment les conditions que devaient remplir les institutions financières autres que les établissements de crédit et les sociétés de financement pour pouvoir acquérir des créances non échues, notamment en ce qui concerne leurs dispositifs de sélection et de gestion des risques de crédit.

⁷ Le texte complet de ce règlement, qui a été modifié pour la dernière fois en 1997, est donné en annexe 3

⁸ Il s'agit du Trésor public, de la Banque de France, de l'IEDOM, de l'IEOM et de la Caisse des Dépôts et Consignations

⁹ Il s'agit des opérations de titrisation.

¹⁰ Cf. par exemple l'article de Me Eran Chvika publié dans le numéro de septembre-octobre 2013 de la Revue de Droit Bancaire et Financier éditée par Nexis Lexis Jurisclasseur.

¹¹ Par exemple, les établissements de paiement, les sociétés de financement, les FIA ou, plus récemment, les FEILT.

¹² Décrets n° 2013-717 du 2 août 2013 et n° 2014-1530 du 17 décembre 2014



ANNEXE 1

Articles L 511-5 à 511-7 du code monétaire et financier

Article L. 511-5

Il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit ou une société de financement d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel.

Il est, en outre, interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit de recevoir à titre habituel des fonds remboursables du public ou de fournir des services bancaires de paiement.

Article L. 511-6

Sans préjudice des dispositions particulières qui leur sont applicables, les interdictions définies à l'article L. 511-5 ne concernent ni les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1, ni les entreprises régies par le code des assurances, ni les sociétés de réassurance, ni les institutions de prévoyance régies par le titre III du livre IX du code de la sécurité sociale, ni les organismes agréés soumis aux dispositions du livre II du code de la mutualité, ni les entreprises d'investissement, ni les établissements de monnaie électronique, ni les établissements de paiement, ni les organismes collecteurs de la participation des employeurs à l'effort de construction pour les opérations prévues par le code de la construction et de l'habitation, ni les OPCVM ni les FIA relevant des paragraphes 1,2,3 et 6 de la sous-section 2, et des sous-sections 3,4 et 5 de la section 2 du chapitre IV du titre Ier du livre II.

L'interdiction relative aux opérations de crédit ne s'applique pas :

- 1. Aux organismes sans but lucratif qui, dans le cadre de leur mission et pour des motifs d'ordre social, accordent, sur leurs ressources propres, des prêts à conditions préférentielles à certains de leurs ressortissants ;*
- 2. Aux organismes qui, pour des opérations définies à l'article L. 411-1 du code de la construction et de l'habitation, et exclusivement à titre accessoire à leur activité de constructeur ou de prestataire de services, consentent aux personnes physiques accédant à la propriété le paiement différé du prix des logements acquis ou souscrits par elles ;*
- 3. Aux entreprises qui consentent des avances sur salaires ou des prêts de caractère exceptionnel consentis pour des motifs d'ordre social à leurs salariés ;*
- 3 bis. Aux sociétés par actions ou aux sociétés à responsabilité limitée dont les comptes font l'objet d'une certification par un commissaire aux comptes qui consentent, à titre accessoire à leur activité principale, des prêts à moins de deux ans à des micro-entreprises, des petites et moyennes entreprises ou à des entreprises de taille intermédiaire avec lesquelles elles entretiennent des liens économiques le justifiant. L'octroi d'un*



prêt ne peut avoir pour effet d'imposer à un partenaire commercial des délais de paiement ne respectant pas les plafonds légaux définis aux articles L. 441-6 et L. 443-1 du code de commerce. Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions et les limites dans lesquelles ces sociétés peuvent octroyer ces prêts.

Les prêts ainsi accordés sont formalisés dans un contrat de prêt, soumis, selon le cas, aux articles L. 225-38 à L. 225-40 ou aux articles L. 223-19 et L. 223-20 du même code. Le montant des prêts consentis est communiqué dans le rapport de gestion et fait l'objet d'une attestation du commissaire aux comptes selon des modalités prévues par décret en Conseil d'Etat.

Nonobstant toute disposition ou stipulation contraire, les créances détenues par le prêteur ne peuvent, à peine de nullité, être acquises par un organisme de titrisation mentionné à l'article L. 214-168 du présent code ou un fonds professionnel spécialisé mentionné à l'article L. 214 -154 ou faire l'objet de contrats constituant des instruments financiers à terme ou transférant des risques d'assurance à ces mêmes organismes ou fonds.

4. *Abrogé ;*

5. *Aux associations sans but lucratif et aux fondations reconnues d'utilité publique accordant sur ressources propres et sur ressources empruntées des prêts pour la création, le développement et la reprise d'entreprises dont l'effectif salarié ne dépasse pas un seuil fixé par décret ou pour la réalisation de projets d'insertion par des personnes physiques.*

Ces associations et fondations ne sont pas autorisées à procéder à l'offre au public d'instruments financiers. Elles peuvent financer leur activité par des ressources empruntées auprès des établissements de crédit, des sociétés de financement et des institutions ou services mentionnés à l'article L. 518-1. Elles peuvent également financer leur activité par des ressources empruntées, à titre gratuit et pour une durée qui ne peut être inférieure à deux ans, auprès de personnes morales autres que celles mentionnées au présent alinéa ou auprès de personnes physiques, dûment avisées des risques encourus.

Ces associations et fondations sont habilitées dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat. Elles indiquent dans leur rapport annuel le montant et les caractéristiques des prêts qu'elles financent ou qu'elles distribuent répondant à la définition visée au III de l'article 80 de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale et bénéficiant à ce titre de garanties publiques.

6. *Aux personnes morales pour les prêts participatifs qu'elles consentent en vertu des articles L. 313-13 à L. 313-17 et aux personnes morales mentionnées à l'article L. 313-21-1 pour la délivrance des garanties prévues par cet article ;*

7. *Aux personnes physiques qui, agissant à des fins non professionnelles ou commerciales, consentent des prêts dans le cadre du financement participatif de projets déterminés, conformément aux dispositions de l'article L. 548-1 et dans la limite d'un prêt par projet. Le taux conventionnel applicable à ces crédits est de*



nature fixe et ne dépasse pas le taux mentionné à l'article L. 313-3 du code de la consommation. Un décret fixe les principales caractéristiques de ces prêts, notamment leur durée maximale ;

8. Aux sociétés de tiers-financement définies à l'article L. 381-2 du code de la construction et de l'habitation dont l'actionnariat est majoritairement formé par des collectivités territoriales ou qui sont rattachées à une collectivité territoriale de tutelle.

Ces sociétés de tiers-financement ne sont autorisées ni à procéder à l'offre au public de titres financiers, ni à collecter des fonds remboursables du public. Elles peuvent se financer par des ressources empruntées aux établissements de crédit ou aux sociétés de financement ou par tout autre moyen. Un décret précise les conditions dans lesquelles elles sont autorisées par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution à exercer des activités de crédit, ainsi que les règles de contrôle interne qui leur sont applicables à ce titre.

L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution statue sur la demande d'exercice des activités de crédit dans un délai de deux mois à compter de la réception d'un dossier complet. L'absence de notification de sa décision par l'autorité au terme de ce délai vaut acceptation.

Lorsque l'autorité demande des informations complémentaires, elle le notifie par écrit, en précisant que les éléments demandés doivent lui parvenir dans un délai de trente jours. A défaut de réception de ces éléments dans ce délai, la demande d'autorisation est réputée rejetée. Dès réception de l'intégralité des informations demandées, l'autorité en accuse réception par écrit. Cet accusé de réception mentionne un nouveau délai d'instruction, qui ne peut excéder deux mois.

Les sociétés de tiers-financement vérifient la solvabilité de l'emprunteur à partir d'un nombre suffisant d'informations, y compris des informations fournies par ce dernier à leur demande. Elles consultent le fichier prévu à l'article L. 333-4 du code de la consommation dans les conditions prévues par l'arrêté mentionné à l'article L. 333-5 du même code. Elles indiquent dans leur rapport annuel le montant et les caractéristiques des avances qu'elles consentent au titre de leur activité de tiers-financement et des ressources qu'elles mobilisent à cet effet.

Article L. 511-7

I- Les interdictions définies à l'article L. 511-5 ne font pas obstacle à ce qu'une entreprise, quelle que soit sa nature, puisse :

- 1. Dans l'exercice de son activité professionnelle consentir à ses contractants des délais ou avances de paiement ;*
- 2. Conclure des contrats de location de logements assortis d'une option d'achat ;*
- 3. Procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres ;*



4. *Emettre des titres financiers si elle n'effectue pas d'opération de crédit mentionnée à l'article L. 313-1 ;*
5. *Emettre des instruments de paiement délivrés pour l'achat auprès d'elle ou auprès d'entreprises liées avec elle par un accord de franchise commerciale, d'un bien ou d'un service déterminé ;*
6. *Remettre des espèces en garantie d'une opération sur instruments financiers ou d'une opération de prêt de titres régies par les dispositions des articles L. 211-36 et L. 211-36-1 ;*
7. *Prendre ou mettre en pension des instruments financiers et effets publics mentionnés aux articles L. 211-27 et L. 211-34.*

Ces interdictions ne font pas non plus obstacle à ce que l'union mentionnée à l'article L. 313-17 du code de la construction et de l'habitation puisse procéder à des opérations de trésorerie avec ses associés collecteurs agréés et les associations mentionnées aux articles L. 313-33 et L. 313-34 du même code.

II.-L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution peut exempter d'agrément une entreprise fournissant des services bancaires de paiement, pour l'acquisition de biens ou de services dans les locaux de cette entreprise ou dans le cadre d'un accord commercial avec elle, s'appliquant à un réseau limité de personnes acceptant ces services bancaires de paiement ou pour un éventail limité de biens ou de services.

Pour accorder l'exemption, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution doit notamment prendre en compte la sécurité des moyens de paiement, les modalités retenues pour assurer la protection des utilisateurs, le montant unitaire et les modalités de chaque transaction.



ANNEXE 2

Esquisse de rédaction d'un amendement à l'article L. 511-6 relatif à la cession de créances non échues à des « cessionnaires qualifiés »

« 9 - aux cessionnaires qualifiés qui, à titre accessoire à leurs activités, acquièrent une part de créances non échues sur des débiteurs autres que des personnes physiques auprès d'établissements de crédit ou de sociétés de financement qui en conservent eux-mêmes une quotité au moins égale à un minimum fixé par arrêté du Ministre chargé de l'Economie. Un cessionnaire qualifié est une personne morale disposant des compétences et des moyens nécessaires pour appréhender les risques inhérents à la détention de créances non échues sur des débiteurs autres que des personnes physiques et répondant à des conditions de taille fixées par décret. L'interdiction énoncée au premier alinéa de l'article L.511-5 ne fait pas obstacle à la modification de la maturité ou des autres termes et conditions des créances ainsi acquises, en accord avec le débiteur cédé. »

Esquisse de rédaction d'un amendement à l'article L. 511-6 relatif à la cession de créances non échues à des investisseurs étrangers

« 10 - aux entités de droit étranger similaires à celles citées au premier alinéa du présent article, aux institutions financières internationales dont la France est membre, aux Etats étrangers, aux institutions chargées de gérer pour leur compte leurs actifs financiers, aux banques centrales étrangères ainsi qu'aux autres entités étrangères ayant la capacité de détenir des créances professionnelles, qui acquièrent ou à qui sont transférées des créances non échues résultant d'opérations de crédit conclues par des établissements de crédit, par des sociétés de financement ou par l'une des autres institutions et entités visées au premier alinéa du présent article avec des emprunteurs autres que des personnes physiques. L'interdiction énoncée au premier alinéa de l'article L.511-5 ne fait pas obstacle à la modification de la maturité ou des autres termes et conditions des créances ainsi acquises, en accord avec le débiteur cédé. »



ANNEXE 3

Règlement n° 85-17 du 17 décembre 1985 relatif au marché interbancaire

modifié par les règlements n°s 93-06
du 21 décembre 1993 et 97-05 du 29 juillet 1997

Article 1er. – “ Sont réputées traitées sur le marché interbancaire les opérations dans lesquelles chacune des parties est soit un établissement de crédit, soit une institution visée à l'article L. 518-1 du Code monétaire et financier, soit une entreprise d'investissement autre qu'une société de gestion de portefeuille. ” (Règlement n° 97-05 du 29 juillet 1997)

Article 2. – “ Les personnes habilitées à intervenir sur le marché interbancaire sont autorisées, dans le respect des règles qui leur sont propres, à traiter avec toute autre personne toutes opérations portant sur des instruments financiers visés à l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier, négociables sur un marché français ou étranger.

“ Seuls les établissements de crédit et les institutions visées à l'article L. 518-1 du Code monétaire et financier peuvent acquérir ou prendre en pension d'autres types de créances sous quelque forme que ce soit. Sans préjudice des opérations visées à l'article 1er du règlement n° 93-06, ces établissements et institutions ne peuvent céder ou remettre en pension lesdites créances à des personnes ayant une autre qualité. ” (Règlement n° 97-05 du 29 juillet 1997)

Article 3. – Par dérogation aux dispositions des articles 1er et 2 ci-dessus, peuvent également opérer sur le marché interbancaire :

- les sociétés ou organismes de prévoyance et de retraite jusqu'à une date qui sera fixée par un règlement ultérieur ; (cf. règlement n° 86-18 ci-dessous, article 1er)
- les entreprises soumises au code des assurances jusqu'au 31 décembre 1986 ; (cf. règlement n° 86-18 ci-dessous, article 2)
- les autres personnes visées à l'article 2 de la décision de caractère général n° 67-10 susvisée jusqu'au 31 mai 1986.

Article 4. – En vue d'assurer la maîtrise des agrégats monétaires, la Banque de France prend toute mesure propre à garantir le fonctionnement normal des marchés.

Article 5. – Les décisions de caractère général du Conseil national du crédit et du titre n° 67- 10 du 28 juin 1967, n° 67-14 du 7 décembre 1967 et n° 68-04 du 5 juillet 1968 sont abrogées.



ANNEXE 5

Les règles actuellement imposées en France
aux entités accordant ou acquérant
des prêts à caractère professionnel

Ph. Cassou

3 juillet 2015



GROUPE DE TRAVAIL « MONOPOLE BANCAIRE »

Note sur les règles actuellement imposées en France aux entités accordant ou acquérant des prêts de caractère professionnel

1/ Objet et limites de la présente note

Lors de sa réunion du 6 mai dernier, le Groupe de travail a souhaité que soient identifiées les règles susceptibles de s'appliquer aux entités qui pourraient être autorisées à octroyer ou à acquérir en France des prêts de caractère professionnel, c'est à dire autres que ceux consentis à des personnes physiques pour leurs besoins personnels. Cette identification devrait porter sur tous les types d'obligations, quel qu'en soit l'objet (lutte contre le blanchiment et le terrorisme, sélection des risques, soutien abusif, rupture abusive, etc.) ou le fondement juridique (disposition législative ou réglementaire, jurisprudence, usage professionnel, etc.).

Plusieurs membres du Groupe ont en effet souligné qu'au cas où des personnes autres que des établissements de crédit ou des sociétés de financement seraient habilitées à acquérir des créances non échues, donc à exercer une activité de crédit, il importerait d'assurer l'égalité des conditions de concurrence entre prêteurs, par suite de les soumettre tous à un ensemble minimum d'obligations similaires¹.

Une note préliminaire sur ce sujet, datée du 16 juin, qui ne couvrait qu'une partie des points identifiés, a été soumise au groupe de travail le 17 juin. Une nouvelle version a donc été élaborée afin de prendre en compte les nombreuses observations faites ce jour-là par les membres du groupe et pour traiter également des points qui n'avaient pas encore pu l'être dans la note préliminaire.

La présente note a ainsi pour objet de présenter les principales règles actuellement applicables en matière d'octroi ou d'acquisition de prêts de caractère professionnel².

En fonction de leur objet, ces règles se répartissent en cinq catégories :

- celles concernant la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme,
- celles concernant le secret professionnel,
- celles concernant la collecte d'informations sur la distribution de crédits et à l'accès au fichier FIBEN,

¹ Il convient à cet égard de rappeler que, dans l'Union européenne :

- les prêts aux particuliers sont soumis à un corps de règles harmonisées résultant des directives n° 2014/17/UE du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel et n° 2008/48/EC du 23 avril 2008 relative au crédit à la consommation ;

- les prêts de caractère professionnel n'étant en revanche soumis à aucune disposition harmonisée, chaque Etat membre conserve donc toute latitude pour imposer des obligations spécifiques en ce domaine

² Cette note n'aborde que les principales dispositions de caractère civil et commercial, à l'exclusion de toute considération fiscale.



- celles concernant la sélection et le suivi des risques de crédit,
- celles concernant le soutien abusif et la rupture abusive de crédit.

Même si, avant de rédiger cette note, l'auteur a consulté des représentants d'organismes professionnels, des avocats et des juristes de banques, elle ne l'engage que lui-même et aucunement les personnes avec lesquelles il s'est entretenu.

2/ Règles relatives à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme

Depuis 1990, un ensemble très complet d'obligations, d'origine législative et réglementaire, s'impose aux membres de professions réglementées en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme. Ces règles, souvent désignées sous le sigle LAB/FT ou AML/TF, transposent en droit français les dispositions des directives européennes en la matière, qui ont elles-mêmes été adoptées conformément aux recommandations du GAFI.

Pour l'essentiel, ces règles prévoient :

- la mise en place obligatoire de dispositifs appropriés de prévention des risques de blanchiment ou de financement du terrorisme,
- des obligations de déclaration des opérations suspectes à une instance particulière (TRACFIN),
- des sanctions disciplinaires ou pénales particulières en cas de manquements à ces obligations.

Les obligations actuellement en vigueur en France en matière de LAB/FT sont définies :

- au Titre VI du Livre V du Code monétaire et financier³ (partie législative, articles L. 561-1 à L. 566-3), ainsi qu'au chapitre IV du Titre VII de ce même livre, pour ce qui concerne les dispositions pénales (articles L. 574-1 à L. 574-4),
- au chapitre III du Titre II (articles 43 à 73) de l'arrêté ministériel du 3 novembre 2014 relatif au contrôle interne des entreprises du secteur de la banque, des services de paiement et des services d'investissement soumises au contrôle de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR),
- à la Section III du Titre I du Livre troisième du Code des assurances (articles A 310-5 à A 310-9) ainsi qu'aux dispositions correspondantes du Code de la sécurité sociale et du Code de la mutualité,
- par une série de textes émanant de l'ACPR et présentant la forme d'instructions, de lignes directrices ou de principes d'application sectoriels.

En pratique, toutes les catégories de professionnels de la finance sont soumis aux dispositions précitées du COMOFI, qu'il s'agisse des établissements directement soumis à ce Code (établissements de crédit, sociétés de financement, établissements de paiement, entreprises d'investissement, intermédiaires en opérations de banque et en services de paiement, changeurs manuels, etc.) ou des organismes d'assurance régis par le

³ Désigné ci-après sous le sigle COMOFI



Code des assurances, le Code de la mutualité ou le Code de la sécurité sociale.

Il en résulte que les diverses catégories d'entreprises qui, en France, sont habilitées à exercer une activité d'octroi de prêts de caractère professionnel sont placées dans des conditions égales de concurrence en ce qui concerne les règles LAB/FT.

En revanche, ni en France ni dans les autres Etats membres de l'Union Européenne, ces obligations ne s'appliquent à d'autres personnes que celles à des professions réglementées. Elles ne concernent donc pas les entreprises ou les autres personnes qui n'exercent une activité d'octroi ou d'acquisition de prêts qu'à titre occasionnel ou accessoire. Pas plus qu'à l'étranger, celles-ci ne sont donc tenues de mettre en place un dispositif particulier de prévention du risque LAB/FT ou de procéder à des déclarations de soupçon et ne sont par suite passibles des sanctions prévues en cas de manquements à ces obligations.

3/ Règles relatives au secret professionnel

Des règles spécifiques en matière de secret professionnel sont imposées par le COMOFI à certaines catégories d'établissements et d'entreprises qui lui sont soumis. Elles résultent :

- pour les établissements de crédit et les sociétés de financement, des articles L. 511-33 à L. 511-34,
- pour les établissements de paiement, des articles L. 522-14 à L. 522-18,
- pour les prestataires de services d'investissement, de l'article L. 531-12.

Ces obligations spécifiques ne s'appliquent toutefois qu'à des entreprises soumises au COMOFI. Elles ne concernent donc ni tous les professionnels de la finance, par exemple les entreprises d'assurance, les mutuelles ou les institutions de prévoyance ni, a fortiori, les entreprises ou les autres personnes qui n'exercent pas une activité d'octroi de crédit à titre de profession habituelle mais seulement à titre occasionnel ou accessoire. Ces diverses catégories de personnes sont par suite seulement tenues de respecter les règles de droit commun concernant le secret des affaires.

Il convient néanmoins de rappeler qu'aux termes des alinéas 3 et suivants de l'article L. 511-33 du COMOFI :
« Les établissements de crédit et les sociétés de financement peuvent (...) communiquer des informations couvertes par le secret professionnel (...) aux personnes avec lesquelles ils négocient, concluent ou exécutent les opérations ci-après énoncées, dès lors que ces informations sont nécessaires à celles-ci :

1° Opérations de crédit effectuées, directement ou indirectement, par un ou plusieurs établissements de crédit ou sociétés de financement ;

2° Opérations sur instruments financiers, de garanties ou d'assurance destinées à la couverture d'un risque de crédit ; (...)

5° Cessions ou transferts de créances ou de contrats ; (...)

7° Lors de l'étude ou l'élaboration de tout type de contrats ou d'opérations, dès lors que ces entités appartiennent au même groupe que l'auteur de la communication. Outre les cas exposés ci-dessus, les établissements de crédit et les sociétés de financement peuvent communiquer des informations couvertes par le secret professionnel au cas par cas et uniquement lorsque les personnes concernées leur ont expressément permis de le faire.



Les personnes recevant des informations couvertes par le secret professionnel, qui leur ont été fournies pour les besoins d'une des opérations ci-dessus énoncées, doivent les conserver confidentielles, que l'opération susvisée aboutisse ou non. Toutefois, dans l'hypothèse où l'opération susvisée aboutit, ces personnes peuvent à leur tour communiquer les informations couvertes par le secret professionnel dans les mêmes conditions que celles visées au présent article aux personnes avec lesquelles elles négocient, concluent ou exécutent les opérations énoncées ci-dessus. »

Il résulte de l'ensemble de ces dispositions que les diverses catégories d'entités qui, en France, accordent ou acquièrent des prêts de caractère professionnel sont, en pratique, placées dans des conditions assez proches en matière de règles de secret.

4/ Règles relatives à la collecte d'informations sur la distribution de crédits et à l'accès au fichier FIBEN

a/ Collecte d'informations sur la distribution de crédits

Conformément au I de l'article L. 141-6 du COMOFI, « la Banque de France est habilitée à se faire communiquer par les établissements de crédit, les sociétés de financement, les établissements de monnaie électronique, les intermédiaires en financement participatif, les entreprises mentionnées au II de l'article L. 511-7 et aux articles L. 521-3, L. 525-4 et L. 525-5, les établissements de paiement, les entreprises d'investissement, les OPCVM, les FIA relevant des paragraphes 1, 2 et 6 de la sous-section 2, du paragraphe 2 ou du sousparagraphe 1 du paragraphe 1 de la sous-section 3, et de la sous-section 4 de la section 2 du chapitre IV du titre Ier du livre II, les compagnies financières holding, les entreprises d'assurance et de réassurance régies par le code des assurances et les entreprises industrielles et commerciales tous documents et renseignements qui lui sont nécessaires pour l'exercice de ses missions fondamentales. »

Ces dispositions permettent par suite à la Banque de France de collecter auprès de toute personne qui effectue des opérations de crédit, même à titre occasionnel ou accessoire, des informations sur le volume ou la nature des prêts qu'elle détient. Elles s'appliquent donc de manière identique à tous les types de prêteurs, qu'ils appartiennent ou non à des professions réglementées.

b/ Accès au fichier FIBEN et alimentation de ce fichier

Les dispositions rappelées ci-dessus habilitent en particulier la Banque de France à réunir les renseignements nécessaires :

- à l'alimentation du Fichier Bancaire des Entreprises (FIBEN),
- à l'analyse du comportement financier des entreprises
- et à l'élaboration de la « cotation Banque de France ».

Il convient à ce sujet de rappeler que l'accès au fichier FIBEN est régi par les dispositions suivantes du COMOFI, figurant aux alinéas 2 à 5 de l'article L. 144-1 :



« La Banque de France peut communiquer tout ou partie des renseignements qu'elle détient sur la situation financière des entreprises aux autres banques centrales aux autres institutions chargées d'une mission similaire à celles qui lui sont confiées en France, aux établissements de crédit et établissements financiers, notamment les sociétés de financement, et aux intermédiaires en financement participatif lorsqu'ils exercent l'intermédiation au sens de l'article L. 548-1 pour les opérations de prêt à titre onéreux ou sans intérêt.

Elle peut aussi communiquer ces renseignements aux entreprises d'assurance habilitées, dans les conditions prévues par le code des assurances, à pratiquer en France des opérations d'assurance crédit ou de caution, sous réserve que leurs interventions s'adressent à des entreprises.

Elle établit au préalable les modalités de communication de ces renseignements et fixe les obligations déclaratives de ces entreprises.

Les méthodes et modèles de notation du risque de ces entreprises sont transmis à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. »

En application d'un article de la « loi Macron » actuellement soumise au Parlement, ces dispositions devraient être modifiées de la manière suivante :

« I.- Au deuxième alinéa de l'article L. 144-1 du code monétaire et financier, après les mots : « notamment les sociétés de financement », sont insérés les mots : « , aux entreprises d'assurance, aux mutuelles et aux institutions de prévoyance qui investissent dans des prêts et titres assimilés dans les conditions prévues respectivement par le code des assurances, le code de la mutualité et le code de la sécurité sociale, à certaines sociétés de gestion, ».

II.- A la fin du quatrième alinéa, les mots « de ces entreprises » sont remplacés par les mots « des entités mentionnées aux deuxième et troisième alinéas lorsqu'elles effectuent des opérations de prêt, d'assurance-crédit ou de caution ».

III.- Au cinquième alinéa, les mots « ces entreprises » sont remplacés par « des entreprises d'assurance mentionnées au troisième alinéa ».

IV.- Il est ajouté un sixième alinéa ainsi rédigé : « Un décret définit les sociétés de gestion mentionnées au deuxième alinéa et fixe les modalités d'application des deuxième et quatrième alinéas aux entreprises d'assurance, aux mutuelles et aux institutions de prévoyance et à ces sociétés de gestion. » »

Lorsque ces nouvelles dispositions auront été adoptées, toutes les catégories d'institutions financières qui exercent, à titre habituel, une activité d'octroi de prêts ou encore qui détiennent ou gèrent des portefeuilles de prêts :

- auront ainsi accès au fichier FIBEN et pourront donc utiliser les données qui y figurent afin de sélectionner ou de surveiller leurs risques de contrepartie;
- seront également tenues d'alimenter ce fichier dans des conditions analogues.

Sans attendre l'adoption définitive et la promulgation de la loi «Macron», les services concernés de la Banque de France ont engagé des réflexions avec les organisations professionnelles concernées, notamment la FFSA et l'AFG, en vue de définir les conditions qui devront figurer dans le décret prévu pour l'application de l'article cité ci-dessus.



5/ Règles relatives à la sélection et au suivi des risques de crédit

D'une manière générale, les entreprises habilitées à effectuer, à titre de profession habituelle, des opérations de crédit sont tenues de respecter des exigences particulières en matière de sélection et de suivi de leurs risques de crédit.

Ces règles résultent :

- dans le cas des établissements soumis au COMOFI et à la surveillance de l'ACPR :
 - . de diverses dispositions législatives, notamment l'article L. 511-41 pour les établissements de crédit et les sociétés de financement et l'article L. 533-2 pour les prestataires de services d'investissement,
 - . surtout, de l'arrêté du 3 novembre 2014 relatif au contrôle interne des entreprises du secteur de la banque, des services de paiement et des services d'investissement, dont le chapitre II du Titre IV (articles 106 à 121) est spécialement consacré à « *la sélection et à la mesure du risque de crédit et de contrepartie* » ;
- dans le cas des entreprises soumises au Code des assurances :
 - . des dispositions du 1^o de l'article R. 332-13, introduit par le décret n° 2013-717 du 2 août 2013 modifiant certaines règles d'investissement des entreprises d'assurance ;
 - . de l'article A. 332-2, introduit par l'arrêté du 11 décembre 2013 relatif aux règles d'investissement des entreprises d'assurance dans des prêts ou des fonds de prêts à l'économie.

D'après les indications recueillies auprès de représentants de l'AFG, les sociétés de gestion dont le programme d'activité soumis à l'AMF inclut la gestion de fonds consentant ou acquérant des prêts de caractère professionnel devraient elles-mêmes être prochainement tenues de respecter des règles de sélection et de suivi des risques de crédit portés par ces fonds, appropriées à leur situation.

Lorsque ces nouvelles exigences auront été définies et seront entrées en vigueur, toutes les catégories d'entreprises et d'entités qui, en France, sont habilitées à exercer une activité habituelle d'octroi ou d'acquisition de prêts de caractère professionnel seront placées dans des conditions égales de concurrence en ce qui concerne les obligations relatives à la sélection et au suivi des risques de crédit.

En revanche, pas plus en France que dans les autres Etats membres de l'Union Européenne, les entreprises ou les autres personnes qui n'accordent ou n'acquièrent de tels prêts qu'à titre occasionnel ou accessoire ne sont soumises à des obligations particulières en ce domaine.

6/ Règles relatives au soutien abusif ou à la rupture abusive de crédit

a/ Soutien abusif

La responsabilité d'un prêteur pour soutien abusif peut être aujourd'hui engagée sur le fondement de l'article L. 650-1 du Code de commerce.

Celui-ci prévoit en effet les dispositions suivantes :



« Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci.

Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours peuvent être annulées ou réduites par le juge. »

Il résulte du texte même de cet article que cette responsabilité est la même quelle que soit la qualité du prêteur, notamment qu'il soit ou non agréé comme établissement de crédit. Des décisions de justice ont d'ailleurs confirmé la responsabilité pour soutien abusif de prêteurs autres que des établissements de crédit, par exemple d'entreprises commerciales ou d'une caisse de mutualité sociale agricole⁴. Tous les prêteurs, qu'ils effectuent ou non des opérations de crédit à titre de profession habituelle, sont donc placés en ce domaine dans une situation juridique identique.

b/ Rupture abusive de crédit

A la suite de nombreux débats sur les conditions dans lesquelles un établissement de crédit peut interrompre un concours qu'il a consenti à l'un de ses clients, celles-ci ont fait l'objet de nouvelles dispositions, qui ont été introduites par l'ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013.

Aux termes de la nouvelle rédaction de l'article L.313-12 du COMOFI, en vigueur depuis le 1er janvier 2014:

« Tout concours à durée indéterminée, autre qu'occasionnel, qu'un établissement de crédit ou une société de financement consent à une entreprise, ne peut être réduit ou interrompu que sur notification écrite et à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours. Ce délai ne peut, sous peine de nullité de la rupture du concours, être inférieur à soixante jours. Dans le respect des dispositions légales applicables, l'établissement de crédit ou la société de financement fournit, sur demande de l'entreprise concernée, les raisons de cette réduction ou interruption, qui ne peuvent être demandées par un tiers, ni lui être communiquées. L'établissement de crédit ou la société de financement ne peut être tenu pour responsable des préjudices financiers éventuellement subis par d'autres créanciers du fait du maintien de son engagement durant ce délai.

L'établissement de crédit ou la société de financement n'est pas tenu de respecter un délai de préavis, que l'ouverture de crédit soit à durée indéterminée ou déterminée, en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou au cas où la situation de ce dernier s'avérerait irrémédiablement compromise.

Le non-respect de ces dispositions peut entraîner la responsabilité pécuniaire de l'établissement de crédit ou de la société de financement. »

Ces dispositions ne s'appliquent ainsi qu'aux établissements de crédit et aux sociétés de financement et non à l'ensemble des entreprises ou des autres entités habilitées à octroyer ou à détenir des prêts à des entreprises.

⁴ Cf. à ce sujet commentaire de l'article L 650-1 du code de commerce (note 13) figurant dans l'édition 2014 de ce code publiée par LexisNexis (p. 1025)



Il faut toutefois observer qu'en pratique, les prêteurs autres que les de crédit et les sociétés de financement n'ont guère de raison économique, financière ou commerciale d'octroyer des concours à durée indéterminée et ne devraient donc pas se trouver en situation de réduire ou d'interrompre un tel concours. Dans les conditions actuelles de fonctionnement du marché du crédit aux entreprises, la limitation du champ d'application de l'article L. 313-12 du COMOFI aux seuls établissements de crédit et sociétés de financement ne porte par suite guère atteinte, en pratique, au principe d'égalité des conditions de concurrence entre les diverses catégories de prêteurs.

7/ Conclusions

Des analyses ci-dessus, et sous réserve d'études plus précises, on peut tirer les principales conclusions suivantes :

- dans une série de domaines, en particulier en matière de prévention du blanchiment et de financement du terrorisme, de secret professionnel, de collecte d'informations sur la distribution de crédits, de soutien abusif ou de rupture abusive de crédit, les diverses catégories d'entreprises ou d'entités qui, en France, accordent ou acquièrent à titre habituel des prêts de caractère professionnel sont dès maintenant soumises à des obligations soit identiques, soit en pratique très similaires ;
- les adaptations, en cours ou prochaines, des règles relatives d'accès à FIBEN et d'alimentation de ce fichier ou encore de sélection et de suivi des risques devraient permettre de rapprocher les normes applicables en ces domaines à l'ensemble de ces entreprises ou entités concernées ;
- dès que ces adaptations entreront en vigueur, les diverses catégories d'entreprises ou d'entités qui, en France, sont habilitées à accorder ou à acquérir à titre habituel des prêts de caractère professionnel seront donc toutes placées dans des conditions égales de concurrence pour ce qui concerne les obligations particulières qui s'appliquent à elles dans l'exercice de ces activités.

Dans la mesure toutefois où les règles régissant, en France, la distribution et l'acquisition de prêts à caractère professionnel font très fréquemment l'objet de modifications, il importe de rappeler à toutes les instances concernées la nécessité de veiller constamment au strict maintien de l'égalité des conditions de concurrence entre toutes les catégories de prêteurs.

Pierre-Henri Cassou



ANNEXE 6

Fiche technique - L'extraterritorialité
A.Caillemer du Ferrage

Mai 2015



One Firm WorldwideSM

PARTNERSHIP CONSTITUEE SELON LE DROIT DE L'OHIO, USA
AVOCATS AU BARREAU DE PARIS
2, RUE SAINT-FLORENTIN · 75001 PARIS
TELEPHONE: (0)1.56.59.39.39 · FACSIMILE: (0)1.56.59.39.38 · TOQUE J 001
WWW.JONESDAY.COM

acf@jonesday.com

Ligne directe: +33 (0) 1 56 59 38 18

Ce document est un document de travail élaboré dans le cadre des travaux du groupe «Monopole bancaire» constitué par le Haut comité juridique de la Place financière de Paris. Sa divulgation, ou celle de son contenu, n'est pas destinée à créer, et sa réception ne constitue pas, une relation avocat-client, avec Jones Day. Il ne saurait a fortiori constituer, ni ne doit être interprété, comme un conseil juridique.

Il ne constitue pas davantage une publicité et n'est pas destiné à solliciter, ni encourager, une quelconque instruction à notre cabinet.

Le contenu de ce document est conçu uniquement à des fins d'information. Ce document et son contenu ne peuvent faire l'objet d'une citation ou d'une référence dans une quelconque présentation, publication ou communication, sans le consentement écrit et préalable de Jones Day, qui peut être accordé ou non, à notre entière discrétion.

L'EXTRATERRITORIALITÉ

1. Principe

Le monopole bancaire est territorial¹. Les établissements étrangers non agréés ou non « passeportés » ne peuvent réaliser d'opérations soumises au monopole bancaire sur le territoire français. Trois raisons sont traditionnellement avancées pour justifier ce caractère² :

- (i) les textes instituant le monopole bancaire sont de niveau législatif dans la hiérarchie des normes, de sorte qu'ils relèvent du principe général de territorialité des lois françaises ;

¹ C. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire*, Litec, 8e éd. 2010, p. 37. J.-F. Adelle *Le monopole bancaire constitue-t-il une restriction excessive aux crédits syndiqués en France?*, RDBF, mars-av. 2005, p. 53

² W.Sanbar, H. Bouchetemple, *Droit des opérations bancaires et financières transfrontalières*, Revue Banque, 2013, p.93



- (ii) les lois relatives au monopole bancaire sont des lois de police ayant un champ d'application territorial³ ; et
- (iii) la violation du monopole bancaire est une infraction pénale soumise au principe général de territorialité des lois pénales⁴.

Le monopole bancaire n'est donc pas extraterritorial. Il est loisible à un national français de s'abstraire des protections octroyées par le législateur pour son bénéfice en décidant de conclure à l'étranger avec un établissement étranger une opération qui, si elle avait été conclue sur le territoire français, aurait été soumise au monopole bancaire français.

2. Les critères de rattachement au territoire

Les règles de conflit de lois en matière bancaire. Le Règlement de Rome I⁵ énonce les règles de conflit de lois permettant de déterminer la loi applicable à un contrat transfrontalier. Ces règles sont écartées dans le cas d'une loi de police. Celle-ci « *a pour effet de tuer le conflit de lois dans l'œuf en excluant ab initio la désignation d'une loi étrangère* »⁶. Un contrat bancaire soumis à une loi étrangère en application des règles du Règlement de Rome I ne saurait, de ce seul fait, se soustraire aux règles du monopole bancaire. Les règles déterminant si une opération soumise au monopole bancaire est localisée en France sont autonomes et « *les critères de localisation utilisés pour déterminer la loi applicable au contrat bancaire et financier ne se confondent pas avec ceux utilisés pour apprécier si les règles du monopole doivent être respectée* »⁷.

Les critères de rattachement d'une opération de banque. La loi étant muette, c'est la jurisprudence qui a déterminé les critères de rattachement d'une opération au territoire français. Deux auteurs distinguent les critères de rattachement « primaires », qui à eux-seuls permettent de rattacher une opération sur le territoire français, des critères « secondaires » qui ne peuvent rattacher une opération au territoire français que s'ils sont combinés à d'autres critères⁸. Dans ce dernier cas, le juge déterminera la localisation d'une opération en utilisant la méthode du faisceau d'indices.

Les critères primaires. Les critères primaires identifiés par la doctrine sont principalement (i) le lieu d'exécution de la prestation caractéristique et (ii) le lieu de conclusion du contrat auxquels il convient selon nous d'ajouter le démarchage (iii).

³ Art. 3 du Code civil: « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ». Les lois de police sont plus amplement définies par l'article 9 du Règlement n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles : « Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement.»

⁴ Art. 113-2 al. 1 du Code pénal: « La loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République.»

⁵ Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)

⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 8e éd. 2004, n°251

⁷ W. Sanbar, H. Bouchetemple, *opus précité*, p.180

⁸ W. Sanbar, H. Bouchetemple, *opus précité*, p.97



- (i) Le lieu d'exécution de la prestation caractéristique. La jurisprudence soumet au monopole bancaire les opérations dont le lieu de la prestation caractéristique est situé en France. Pour les opérations de prêt, il s'agit du lieu de la mise à disposition des fonds au bénéfice de l'emprunteur⁹. Cette analyse est relayée par la Banque de France et la Commission bancaire qui, à propos des services bancaires offerts via internet, avaient déclaré qu'il convenait de « *rechercher le lieu d'accomplissement de la prestation caractéristique du contrat. Celle-ci est entendue comme la prestation pour laquelle le paiement est dû* »¹⁰.
- (ii) Le lieu de formation du contrat. A plusieurs reprises, la Cour de cassation a jugé que la seule formation du contrat de prêt en France localisait l'activité de l'établissement étranger sur le territoire français¹¹.
- (iii) Le démarchage. Les règles du monopole bancaire appartiennent à l'ordre public économique, c'est-à-dire, comme il a été rappelé plus haut, à un ordre public de protection. Les règles du monopole bancaire n'ont pas vocation à régir les opérations à raison de la seule nationalité française de l'emprunteur. Ce dernier reste libre de s'abstraire des protections conçues à son bénéfice par le législateur national pour se rendre à l'étranger ou à son initiative prendre contact avec un établissement étranger et réaliser une opération hors de France. Par un effet symétrique, il y a lieu selon nous, de considérer que dès l'instant où ce résident français a conclu l'opération non pas à son initiative mais sur la sollicitation d'un établissement étranger ayant réalisé un acte de démarchage ou assimilé à destination de cette personne pour lui proposer ce service et même si l'ensemble des autres éléments de rattachement à la France font défaut (remise des fonds sur un compte à l'étranger et signature du contrat à l'étranger), nous considérons qu'il existe un risque très important qu'un tribunal estime que l'acte de démarchage est suffisant à soi seul pour déclencher les règles du monopole bancaire.

Les critères secondaires et la méthode du faisceau d'indices. La doctrine et la jurisprudence ont identifié par ailleurs un certain nombre de critères secondaires dont aucun pris isolément, à la différence des critères primaires, ne semble pouvoir suffire à rattacher une opération de banque au territoire français mais où la réunion de deux ou plusieurs d'entre eux peut constituer un faisceau d'indices permettant un tel rattachement. L'analyse de la jurisprudence ne permet cependant pas de cerner avec précision le poids qu'a chacun de ces différents critères dans la décision du juge de rattacher ou non au territoire français une opération soumise au monopole bancaire. « *Ces critères secondaires constituent ainsi en droit français une « zone grise* »¹². Les critères secondaires utilisés pour permettre un tel rattachement sont des « *éléments qui ne sont pas constitutifs*

⁹ Jean Stoufflet, Serge Durox, *Participation d'un organisme financier étranger à un crédit ouvert en France - Technique contractuelle et réglementation professionnelle*, Mélanges AEDBF IV, p.365

¹⁰ Banque de France, Commission bancaire, *Livre blanc, Internet, quelles conséquences prudentielles, décembre 2000*

¹¹ Voir notamment Cass. com., 13 mars 2001, n°96-20840 et Cass. com., 4 juin 2002, n°00-16915, note F.-J. Crédot et Y. Gérard, *RDBF*, 2002, p. 181

¹² Pour une opinion contraire, rangeant le démarchage parmi les critères secondaires de rattachement, cf W. Sanbar, H. Bouchetemple, *opus précité*, p.124 : « *Une opération formée et exécutée à l'étranger, mais précédée d'une sollicitation sur le territoire français respectant les règles du démarchage, de certaines opérations de marketing réalisées en France, garantie par une sûreté prise sur un actif situé en France pourrait conduire le juge, sur la base d'un faisceau d'indices, à rattacher l'activité au territoire français.* »



de l'opération bancaire ou financière mais qui s'y rattachent indirectement »¹³. Ils sont nombreux et la doctrine a notamment identifié¹⁴:

- la nationalité ou le domicile de l'emprunteur ;
- le lieu de négociation de la convention de crédit entre la banque ou l'agent et l'emprunteur ;
- le lieu éventuel d'accomplissement des formalités de due diligence sur l'emprunteur ;
- la loi applicable à la convention de crédit ;
- la monnaie du crédit ;
- le fait que la convention de crédit prend la forme d'un avenant à un contrat de crédit conclu par des entités étrangères du groupe de la société emprunteuse ; ou
- le lieu de situation des actifs apportés en sûreté ou la nationalité des garants.

3. Les critiques soulevées par la Doctrine

Il existe une réelle incertitude entourant ces critères rattachement. Les auteurs recommandent de « soumettre le monopole à des critères territoriaux précis »¹⁵. La difficulté concerne principalement l'importance des critères secondaires dans la localisation d'une opération. « Une opération formée et exécutée à l'étranger, mais précédée d'une sollicitation sur le territoire français respectant les règles du démarchage, de certaines opérations de marketing réalisées en France, garantie par une sûreté prise sur un actif situé en France pourrait conduire le juge, sur la base d'un faisceau d'indices, à rattacher l'activité au territoire français. La difficulté consiste à quantifier le poids de ces critères dans l'éventuelle localisation de l'activité en France, ce que la jurisprudence ne permet pas aujourd'hui. Ces solutions sont assurément insatisfaisantes pour les établissements étrangers, mais l'état actuel du droit met les praticiens dans l'impossibilité d'en proposer de meilleures »¹⁶.

4. Recommandation du groupe de travail

Une des pistes de réflexion qui pourrait être envisagée serait de s'inspirer de ce que prévoit pour le monopole « parallèle » de la prestation de service d'investissement, le Règlement MIF¹⁷ pour les entreprises de pays tiers souhaitant fournir des services d'investissement au sein de l'Union européenne à des clients professionnels.

¹³ W. Sanbar, H. Bouchetemple, opus précité, p.174

¹⁴ Jean-François Adelle, *Le monopole bancaire constitue-t-il une restriction excessive aux crédits syndiqués en France ?*, RDBF, Mars-Avril 2005

¹⁵ Jean-François Adelle, article précité

¹⁶ W.Sanbar, H. Bouchetemple, opus précité, p.124

¹⁷ Voir l'article 46 du Règlement (UE) n°600/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant le règlement (UE) n°648/2012



- (i) « Une entreprise de pays tiers peut, sans établir de succursale, fournir des services d'investissement ou exercer des activités d'investissement avec ou sans services auxiliaires pour des contreparties éligibles et des professionnels [...] si elle est inscrite dans le registre des entreprises de pays tiers tenu par l'AEMF »¹⁸. L'enregistrement est notamment soumis à une décision d'équivalence adoptée par la Commission européenne.

- (ii) « Lorsqu'une contrepartie éligible ou un client professionnel [...] déclenche sur sa seule initiative, la fourniture d'un service d'investissement ou l'exercice d'une activité d'investissement par une entreprise d'un pays tiers »¹⁹, l'obligation d'enregistrement ne s'applique pas. Cependant, « l'initiative de ces clients ne donne pas à l'entreprise de pays tiers le droit de commercialiser de nouvelles catégories de produits ou de services d'investissement auprès de ces derniers »²⁰.

Ainsi que la note circulée par le Trésor semble l'indiquer, cette solution rapprocherait les solutions en droit français de celles en vigueur dans d'autres Etats de l'Union européenne à commencer par le Royaume-Uni où les règles du monopole bancaire ne s'appliquent apparemment pas aux opérations conclues entre professionnels.

¹⁸ Art 46(1) du règlement précité

¹⁹ Art 46(5) du règlement précité

²⁰ *idem*.



ANNEXE 7

Tableaux de comparaisons internationales
A.Caillemer du Ferrage

8 mars 2016



INTERNAL WORKING DOCUMENT

Ce document est un document de travail interne à Jones Day.

La divulgation de cette présentation ou de son contenu n'est pas destinée à créer, et sa réception ne constitue pas, une relation avocat-client.

Il ne constitue pas davantage une publicité et n'est pas destiné à solliciter ni encourager une quelconque instruction à notre cabinet.

Il ne saurait a fortiori constituer, ni ne doit être interprété, comme un conseil juridique.

Le contenu de ce document est conçu uniquement à des fins d'information.

Ce document et son contenu ne peuvent faire l'objet d'une citation ou d'une référence dans une quelconque présentation, publication ou communication, sans le consentement écrit et préalable de Jones Day, qui peut être accordé ou non, à notre entière discrétion.



Please just answer Yes or No when choice is offered. Otherwise provide, at this stage, very short answers. In each case obviously in the sole respect of own jurisdiction.

Questions	France	UK	Germany ¹	Italy	Spain
Legal definition of a bond			Instrument embodying a promise to pay		Instrument representing a debt issued by a company
May one same bond issue (series / <i>souche</i>) be represented by one single bond (whether materialized or not) ?	Y/N	Yes	Yes	Yes	Yes
May one same bond issue (series / <i>souche</i>) be subscribed by one single investor ?	Y/N	Yes	Yes	Yes	Yes
May one same bond issue (series / <i>souche</i>), initially subscribed by several investors, be then held by one single investor	Y/N	Yes	Yes	Yes	Yes
If you answered no to the previous question, what sanction ?					
May the terms and conditions of a bond issue <u>limit</u> the conditions upon which the relevant bond may be : - transferred / sold, and/or - negotiated ¹	Y/N Y/N	Yes Yes	No, in case of bearer bonds which are most commonly used. Yes, in case of registered bonds. As above.	Yes Yes	Yes

1. Concepts are distinguished purportedly, as consent requirement clauses or preemptive rights, which limit the conditions upon which a bond can be transferred / sold, may, but do not necessarily, be regarded as restraining the bond «negociability».



Questions	France	UK	Germany ¹	Italy	Spain
May the terms and conditions of a bond issue prevent the relevant bond to be transferred or sold	Y/N	Yes	Yes, but only in case of a registered bond.	Yes	Yes
Are you answers to the two previous questions different depending on whether the relevant bond issue is a public one or a private placement ? If so, please briefly explain.		If a bond is listed then listing rules apply which may not permit limits on transferability, but that is a listing requirement not something which goes to the nature of the instrument itself.	No, save for listing rule requirements.	N/A	It depends on the nature of the bond. If listed no restriction should apply. If private, restrictions may apply as agreed between the investor and the issuer.
Is a loan or a credit (granted by the investor to the issuer) always deemed embedded in a bond ?	Y/N	Not sure what this means – bond or loan both represent debt but one not imbedded in the other	No	Not Always. It might be embedded if contractually provided.	Yes. A bond represents a credit of the investor against the issuer.
If you answered yes to the previous question, what elements distinguish a bond from a loan ? Is transferability / "negotiability" the key determining factor ?			A loan is less public and is transferred by way of assignment which may be restricted. A registered bond has similar feature as a loan including transfer by way of assignment which may be restricted. A bearer bonds is different in terms of transferability and negotiability which may not be restricted and is transferred like a chattel including the possibility of bona fide receipt of title.	The legal regime is different. Transferability/Negotiability are not key factors.	The elements that distinguish a bond from a loan is the instrument and the particular legal regime applicable.



Questions	France	UK	Germany ¹	Italy	Spain
Are bonds governed by a legal regime specific and distinct from loans and credits ?	Y/N	Yes	Yes	Yes	Yes
If you answered yes to the previous question, in your view, why are such regimes different ? (NB. The question is not "how" different they are, but "why" ?)		The instruments are each governed by contract law and the contract which creates the instrument.	Bonds and loans are covered in different sections of the German Civil Code and the provisions on loans are very detailed. Bonds from issues of identical debt securities are in addition subject to the German Bond Act and different listing, clearing and settlement rules and systems and regulatory provisions including those implementing MiFID and the Prospectus Directive (Securities Trading Act, Securities Prospectus Act). Registered bonds can be subject to the Capital Investment Act (<i>VermAnlG</i>). Lending is a regulated activity, whereas investing in a bearer bond from an issue of identical, fungible debt securities is not, unless the investor takes underwriting and placement risk. Investing in other kinds of bonds can be deemed as lending business.	Loans are reserved activity for banks and financial intermediaries only. Bonds are not.	Granting of loans is not a reserved activity for banks and are free to enter into by the lender and borrower (contract law). Bonds need to be approved following Spanish Companies Act specific regulation and (if applicable) Securities Markets regulations.
What difference would you make between a no consent fully assignable loan or credit, and a privately placed bond with one single subscriber ?		It is a question of form.	It is a question of form.	It is a question of form.	It is a question of form.



Questions	France	UK	Germany ¹	Italy	Spain
When asked to issue an opinion on a bond privately placed with one single subscriber with no intention to sell or dispose of the bond, what sort of qualifications, if any, would you incorporate in your opinion ?		No different qualifications than for a public bond (other than compliance with the specific regulatory regime for a private v a public bond issue).	No different qualifications than for a public bond (other than compliance with the specific regulatory regime for a private v a public bond issue). However, the issue of such privately placed bond could, subject to the details of this issue, qualify as deposit business and the subscription as lending business, being both regulated banking activities under the German Banking Act.	Qualification as to Tax treatment and potential re-qualification as a loan can be provided. This because loan, as said, is a reserved activity for banks and financial intermediaries only.	No different material qualifications to those included in loans or a public bond issue but subject to specific covenants and particular legal regime.

i. From a German banking regulatory law perspective, a single bond issued to one subscriber can be deemed a loan, the issue of which might qualify as deposit business and the subscription as lending business, both generally requiring a banking license. An exception from this banking license requirement is provided for bearer and order bonds only (not for registered bonds). Furthermore, these bonds must be part of an issue of identical debt securities (Gesamtemission) viable for being traded at the capital markets (kapitalmarktfähig). Bonds prepared for an individual case which are not fungible are not eligible to exclude deposit and lending business.



ANNEXE 8

Observations de la Fédération Bancaire Française (FBF) sur l'avant-projet de rapport du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (HCJP) sur le monopole bancaire

10 février 2016



OBSERVATIONS DE LA FÉDÉRATION BANCAIRE FRANÇAISE SUR L'AVANT-PROJET DE RAPPORT DU HAUT COMITÉ JURIDIQUE DE LA PLACE FINANCIÈRE DE PARIS SUR LE MONOPOLE BANCAIRE

Les commentaires ci-après reprennent les remarques formulées par diverses équipes juridiques de BNP Paribas sur l'Avant-Projet de Rapport du Haut Comité Juridique de Place sur le monopole bancaire communiqué le 29 janvier 2016 par la FBF.

Sur le préambule

Il conviendrait de préciser que si les membres du HCJP sont unanimes sur l'objectif général de faire évoluer le dispositif législatif et réglementaire gouvernant ce qu'il convient d'appeler le monopole bancaire en France, en revanche un consensus n'existe pas sur divers points évoqués dans le Rapport et il serait utile que celui-ci fasse état des divergences de points de vue exprimées et des arguments invoqués.

Deux commentaires généraux sont avancés notamment par les banques.

Le premier consiste en une critique des dispositions (et de l'interprétation de celles-ci par la jurisprudence) qui s'appliquent aux activités menées à l'international par les banques agréées en France et au refinancement ou au transfert par celles-ci des risques de crédit octroyés à l'international qu'elles ont sur leurs livres en France. On voit mal notamment pour quelles raisons ce dispositif pourrait concerner le refinancement ou le transfert de risques concernant des crédits qui en eux-mêmes ne relèvent pas stricto sensu du monopole bancaire français.

Le second consiste à s'opposer à ce que de nouvelles catégories de prêteurs puissent octroyer des prêts sans (i) un alignement de la réglementation les gouvernant sur celle qui encadre les activités des acteurs déjà habilités à octroyer des prêts, (ii) qu'ils ne soient soumis aux mêmes obligations que les banques et les sociétés de financement et (iii) qu'ils ne soient soumis au contrôle de l'ACPR.

La crise financière de 2007 a en effet montré les risques inhérents à la production de prêts par des entités non régulées.

Au total il apparaît aux banques qu'il est essentiel d'introduire une différence majeure entre la sélection de prêts (déjà originés par les banques ou les sociétés de financement) et l'octroi de prêt.



Sur la Section 1 sur le monopole des dépôts et autres fonds remboursables du public et le monopole des services de paiement.

Sur la Sous-Section A sur le monopole des dépôts et autre fonds remboursables du public.

- Concernant la proposition de remplacer « à titre habituel » par « à titre de profession habituelle » dans l'article L.511-5 du CMF, même si, certes, la notion d'exercice d'une activité « à titre de profession habituelle » figure à l'article L.511-1 du CMF nous souhaiterions qu'une analyse plus fine de l'impact de ce changement textuel soit menée.

Il conviendrait en effet d'éviter que des entreprises qui n'exercent pas une activité de crédit à titre principal puissent néanmoins se prévaloir de ce nouveau texte pour octroyer des crédits en nombre au motif que ce n'est pas leur « profession habituelle » ou « principale » mais que cela constituerait une activité seulement accessoire ou connexe à leur profession principale (cas des brasseurs par exemple). De ce point de vue le débat sur l'étendue de l'exemption apportée par la loi Macron revêt une importance particulière.

Le critère de la recherche de clientèle pour caractériser l'exercice d'une activité à titre habituel dégagé dans certaines jurisprudences nous semble pertinent pour caractériser l'exercice d'une profession que ce soit à titre principal ou accessoire.

D'ailleurs la proposition de modification pourrait être revue pour se lire « *à titre habituel de profession habituelle, principale ou accessoire, impliquant la recherche de clientèle.* »

- Concernant la proposition de modifier l'article L.511-7 - I - 4 : l'émission de titres financiers est généralement envisagée sous l'angle de l'émetteur comme ne tombant pas dans le champ du monopole des dépôts et autre fonds remboursables du public sous certaines conditions. Elle devrait également être analysée sous l'angle des souscripteurs comme ne tombant pas dans le champ d'application du monopole du crédit. La proposition de modification pourrait être revue pour se lire « *émittre ou souscrire les titres financiers visés au 2° du II de l'article L. 211-1* »

- Concernant la proposition d'ajouter un article L.515-1-2 au CMF : Par définition les sociétés de financement ne peuvent pas recevoir des fonds remboursables du public. Nous nous interrogeons sur l'utilité de cet ajout.

Sur la Sous-Section B sur le monopole des services de paiements.

Nous partageons les commentaires de l'ACPR. Ce sujet est examiné par ailleurs dans diverses enceintes européennes et nationales, il ne semble pas entrer dans le champ de ce groupe de travail sur le monopole bancaire.



Concernant la définition du monopole des services de paiement, l'émission et la gestion de monnaie électronique ne font plus partie des services bancaires de paiement depuis la loi 2013-100 du 28 janvier 2013 transposant (notamment) la seconde directive «monnaie électronique» no 2009/110/CE, mais bien des opérations connexes aux opérations de banque (article L. 311-2) du code monétaire et financier).

Sur la Section II sur le monopole du crédit.

Sur la Sous-Section A sur les critiques formulées à l'encontre du monopole du crédit.

Comme indiqué au préambule, parmi les critiques formulées à l'encontre du dispositif législatif et réglementaire prévalant en France à l'heure actuelle, relèvent d'une particulière importance celles visant les dispositions qui s'opposent aux activités menées à l'international par les banques agréées en France, à leur refinancement et au transfert par celles-ci des risques de crédit octroyés à l'international qu'elles ont sur leurs livres en France. On voit mal notamment pour quelle raison ce dispositif pourrait concerner le refinancement ou le transfert de risques concernant des crédits qui en eux-mêmes ne relèvent pas stricto sensu du monopole bancaire français.

Par ailleurs, le défaut d'harmonisation en Europe des législations relatives à l'octroi de crédits est (et non peut évidemment être) à l'origine de distorsions de concurrence, d'arbitrages réglementaires conduisant à des délocalisations d'opérations. Le dispositif Français, complexe, devenu incohérent et illisible au fil du temps, générateur d'ambiguïtés et d'incertitudes agit comme un repoussoir dans un monde ouvert ou la compétitivité des systèmes juridiques participe à la compétitivité des économies.

Les contraintes posées par la réglementation française en matière de cession de créances non échues et d'octroi de sous-participation relativement à ces dernières représentent un frein aux syndications et incitent tant les emprunteurs que les prêteurs à délocaliser leurs opérations ou à choisir des établissements étrangers non soumis aux mêmes contraintes voir même à mener des stratégies de contournement de ces contraintes rendues possibles et légales par les principes de liberté de circulation prévalant au sein de l'Union Européenne contre lequel le principe de territorialité ne peut s'opposer.

Sur la Sous-Section B sur les justifications du monopole du crédit.

Il nous semble que parmi les justifications initiales invoquées pour justifier un monopole sur les opérations de crédit figurent :

- la protection des emprunteurs contre l'insolvabilité de leurs prêteurs lors de la mise à disposition des fonds dans les crédits à décaissement successifs justifiant que ces prêteurs soient supervisés et soumis à une réglementation stricte relativement à leur solvabilité, leur liquidité et l'octroi de crédits ;
- la protection des prêteurs, de leur solvabilité et de leur liquidité contre le risque de défaillance de leurs emprunteurs justifiant qu'ils soient soumis à une réglementation stricte dans l'octroi de crédits ;



- la protection du système financier contre le risque de contagion de l'insolvabilité ou de l'illiquidité d'un prêteur systémique.

Les évolutions souhaitables du dispositif législatif et réglementaire français actuel devraient favoriser la liquidité des prêteurs éligibles et partant la possibilité pour ceux-ci de céder, transférer les crédits qu'ils ont sur leurs livres en France ou de conclure des sous-participations relativement à ces derniers.

Sur la Sous -Section C sur les évolutions possibles du monopole de crédit.

Sur la proposition 1 : Elargir les possibilités d'acquisition des créances bancaires non échues à caractère professionnel

Le dispositif doit concerner les créances originées par tout prêteur éligible (sauf disposition contraire de la loi - cf. Loi macron L511.6 paragraphe 2 alinea 3bis 3ème paragraphe).

Le mode de transfert de créance peut être divers (cession de créance, cession de contrat, novation..) et pas forcément soumis au droit Français. Il faudrait éviter de viser dans cette exemption seulement la cession de créance de droit Français.

Par ailleurs, dans nombre de cas, les prêteurs sont amenés à ne conclure que de simples « sous participations », qui sont elles aussi considérées comme des opérations de crédit, et il serait utile d'inclure également celles-ci dans le dispositif d'exemption, soit conjointement avec les cession, soit de manière spécifique.

- ***Sur le paragraphe a.*** relatif aux cessions de créances à des entités financières régulées autres que les établissements de crédit et les sociétés de financement établies en France.

L'article L.511-6 du Code Monétaire et Financier liste plusieurs catégories d'entités de droit français (plutôt que « établies » en France), autre que les établissements de crédit et les sociétés de financement, bénéficiant (pour certaines sous réserve des règles propres qui leurs sont applicables) d'une exemption au titre du monopole du crédit.

La proposition d'amendement de l'Article L.511-6 du Code Monétaire et Financier proposée par la FBF au moyen de l'insertion d'un nouvel alinéa¹ visait à permettre la cession de créances non échues résultant de

¹« 7. aux entités de droit étranger similaires à celles visées au premier paragraphe du présent article, aux établissements bancaires étrangers, aux entreprises d'assurance et de réassurance, aux organismes de retraite, aux fonds de pension, aux mutuelles, aux institutions de prévoyance, aux organismes de placement collectif, aux fonds d'investissement alternatifs, aux entités ayant un objet similaire aux organismes de titrisation, de droit français ou de droit étranger, qui acquièrent ou à qui sont transférées des créances non échues résultant d'opérations de crédit conclues par des établissements de crédit, des sociétés de financement ou par l'une des autres institutions et entités visées au premier alinéa du présent article avec des emprunteurs de droit public ou de droit privé, autres que des personnes physiques. »



crédits octroyés [par tout prêteur éligible] au profit des entités de droit étranger similaires à celle visées au premier paragraphe de l'article L.511-6 du Code Monétaire et Financier, aux établissements bancaires étrangers, aux entreprises d'assurance et de réassurances, aux organismes de retraite, aux fonds de pension, aux mutuelles, aux institutions de prévoyance, aux organismes de placement collectif, aux fonds d'investissement alternatifs, aux entités ayant un objet similaire aux organismes de titrisation, de droit français ou de droit étranger, qui acquièrent ou à qui sont transférées des créances non échues résultant d'opérations de crédit conclues par des établissements de crédit, des sociétés de financement ou par l'une des autres institutions et entités visées au premier paragraphe avec des emprunteurs de droit public ou de droit privé, autres que des personnes physiques.

Il s'agissait donc principalement d'autoriser la cession de créances non échues à des entités régulées ou non régulées (investisseurs institutionnels), de droit français ou de droit étranger, qui sont des acteurs actifs et déjà existants sur le marché international (cas des fonds CDO par exemple).

Il conviendrait que le texte du projet d'amendement proposé par le HCJP parvienne à ce résultat, ce qui ne nous semble pas le cas actuellement (voir commentaires ci-après).

Par ailleurs, il pourrait aussi être utile d'en profiter pour y inclure une autre exemption non codifiée. L'article 84 paragraphe 3 de la loi de finances rectificatives pour 2012 a en effet introduit en France la garantie rehaussée, qui est délivrée par la Coface, au profit des investisseurs énumérés audit article ayant refinancé les banques export. Il conviendrait, par souci de cohérence, de prévoir une exemption spécifique au profit desdits investisseurs dans le cadre décrit par ledit article 84 paragraphe 3.

- **Sur le paragraphe b.** relatif aux cessions de créances à des entités financières régulées établies à l'étranger.

Même commentaire que ci-dessus. Il s'agit d'autoriser la cession de créances non échues à des entités régulées ou non régulées (investisseurs institutionnels), de droit étranger, qui sont des acteurs actifs et déjà existants sur le marché international (cas des fonds CDO par exemple).

- **Sur le paragraphe c.** relatif cessions de créances à des entreprises non financières dites « cessionnaires qualifiés ».

Il ne nous semble pas judicieux de prévoir une exemption au profit d'autres cessionnaires que ceux visés dans la proposition d'amendement de la FBF. Toute extension au-delà risquerait au contraire de déstabiliser les circuits actuels de refinancement des établissements de crédit et d'avoir des effets néfastes.

Par ailleurs, il nous semble qu'il faut absolument abandonner l'idée de prévoir une obligation de rétention notamment pour les raisons suivantes :

- si l'intention est louable d'éviter l'origination de crédits de type « subprime » la solution envisagée nous paraît totalement inadaptée et contreproductive ;



- il s'agirait encore d'une obligation qui n'est pas imposée dans nombres d'autres Etats Membres de l'UE et cela conduira encore une fois inexorablement à des contournements et des délocalisations ;
- si cette obligation de rétention ne concerne que des cessions à des « cessionnaires qualifiés » et non celles à des entités visées au point 9 de la proposition d'amendement de l'article L.511-6 du HCJP, on peut s'interroger sur l'opportunité de ce dispositif dans la mesure où un cessionnaire établissement de crédit étranger bénéficiant du passeport européen pourrait quant à lui effectuer une cession de l'intégralité de sa participation sans restriction à quiconque en conformité avec son droit national, créant ainsi une distorsion de concurrence et une discrimination à rebours ;
- une telle obligation concernant des crédits sous-jacents non soumis au monopole bancaire français mais détenus sur les livres d'un établissement de crédit en France paraîtrait pour le moins curieuse,
- il est essentiel pour les établissements de crédit de pouvoir gérer d'une manière active leur bilan (assets and liabilities management)
- la dégradation de la qualité d'un crédit, sain lors de son origination, peut être le fruit d'accidents conjoncturels qui ont peu à voir avec l'origination ;
- en temps de crise bancaire, la liquidité est clé et une telle obligation de rétention freinerait justement cette liquidité ;
- en cas de situation difficile pour une entreprise emprunteuse la cession par un établissement prêteur préalablement à l'ouverture de procédures de traitement des difficultés des entreprises peut favoriser l'émergence de solutions et l'obligation de rétention aurait en effet contreproductif, certains prêteurs pouvant préférer céder leur créance avec décote ;
- enfin une obligation de rétention constituera un frein à l'octroi de crédits...

Sur la proposition 2 : Assouplir les conditions d'admission des opérations de trésorerie intra-groupes

La préconisation du HCJP de supprimer la référence au pouvoir de contrôle effectif paraît quelque peu hâtive et en tout cas imparfaite, dès lors qu'il convient de rappeler les points suivants.

- Contrairement à ce qu'indique le HCJP, les textes applicables permettent de définir sans ambiguïté la notion de contrôle effectif : en effet, la notion de contrôle est définie à l'Article L. 233-3 I du Code de Commerce, qui prévoit qu'une société est considérée comme en contrôlant une autre lorsqu'elle détient directement ou indirectement, une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ou, lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires.



La notion de « *contrôle effectif* » n'étant pas plus spécialement définie par le Code Monétaire et Financier en son Article L. 511-7 I 3°, il convient de se reporter à cette définition du Code de Commerce ;

- L'ouverture de l'adhésion à une centralisation de trésorerie, à des sociétés non contrôlées, directement ou indirectement, contribuerait à mettre en péril la sécurité juridique et financière de cette structure par la dilution de la notion d'intérêt social.

Il convient de rappeler en tout premier lieu, que la Cour de Cassation a fait de l'intérêt social l'une des trois conditions préalables à l'octroi licite d'un prêt intragroupe, et que cette jurisprudence, constante a donc vocation à s'appliquer notamment à la mise en place d'une centralisation de trésorerie.

La structure actuelle de la centralisation de trésorerie, du fait du respect de la condition relative au contrôle effectif, permet de s'assurer de ce que l'intérêt social des sociétés adhérentes à celle-ci est respecté et contribue à assurer la sécurité juridique et économique de la transaction : en effet, la société actionnaire principal (i.e. la holding, qui a vocation ou non à être société centralisatrice) de par les liens capitalistiques qui la lient aux autres sociétés du groupe et lui confèrent le contrôle effectif de celles-ci, au sens des Articles L. 511-7 I 3° du Code Monétaire et Financier et L. L. 233-3 I du Code de Commerce , s'interdit par-là même de remettre en cause cette centralisation de trésorerie, dès lors qu'elle a participé à la décision de mise en place de ce dispositif, qui lui est dès lors parfaitement opposable.

En conséquence, la suppression de la notion de contrôle contribuerait à créer une insécurité financière et juridique au titre de la mise en place et en œuvre de la centralisation, dès lors qu'elle impliquerait que les sociétés qui intégreraient une centralisation de trésorerie pourraient à tout moment, au nom du respect de l'intérêt social (ou plutôt de son irrespect), la remettre en cause, en tout ou partie. A cet égard , il est central de rappeler que l'acte contraire à l'intérêt social ne peut être opposé aux associés même s'il entre dans l'objet social.

Par ailleurs, il convient de souligner qu'abaisser l'exigence de participation à une participation minoritaire, pourrait avoir pour effet de remettre en cause la notion même de groupe, ce qui aurait alors pour conséquence de mettre en péril le respect des deux autres conditions posées par la Cour de Cassation, préalablement à l'octroi licite d'un prêt intragroupe.

Sur la proposition 3 : Etendre de manière sélective la possibilité d'octroyer des prêts à caractère professionnel

- **Sur le paragraphe a.** Extension à certains FIA de la possibilité d'octroyer des prêts.

La loi de Finance rectificative pour 2015 du 29 décembre 2015 permet à certaine catégorie de fonds d'investissement existant en droit français, réservés à des investisseurs professionnels, d'utiliser toutes les facultés ouvertes par le règlement européen 2015/760 du 29 avril 2015 relatif au fonds européens d'investissement à long terme de prêter à des entreprises éligibles.



Nous nous opposons à cet élargissement au-delà du périmètre ELTIF prévu par le règlement européen. Nous pensons que le périmètre ELTIF a été calibré pour couvrir l'essentiel des prêts bancaires susceptibles de répondre aux besoins des investisseurs, et qu'un élargissement n'est pas justifié.

Nous sommes opposés à ce que des fonds puissent octroyer des prêts, sauf à ce qu'ils se voient imposer les mêmes obligations que les banques et les sociétés de financement en matière d'octroi de prêt, et qu'ils bénéficient aussi du contrôle de l'ACPR. D'ailleurs, l'octroi des prêts, initialement réservé en France aux établissements de crédit et aux sociétés de financement, a été déjà élargi depuis 2013 aux compagnies d'assurance, mais dans le cadre de programmes d'activité « crédit » fortement réglementés et placés sous le contrôle unique de l'ACPR. Nous pensons que l'extension de l'octroi de prêt par des fonds ne peut se situer que dans un cadre réglementaire similaire.

En outre la crise financière de 2007 a montré les risques inhérents à la production de prêts par des entités non régulées. La crise des sub-primes est venue aux Etats-Unis du développement incontrôlé de la production de crédits hypothécaires par des mortgage brokers non régulés.

Dans le domaine de l'octroi de prêts, il s'agit donc de définir un cadre imposant aux fonds de respecter l'ensemble des obligations qui incombent aux banques et aux sociétés financières, dans leurs relations avec leurs clients emprunteurs. Il s'agit notamment des obligations liées à la connaissance du client (KYC), du respect de la législation anti blanchiment et de la lutte contre le financement du terrorisme (AMML/CFT), ainsi que des devoirs d'information et de mise en garde (« suitability »). Le contrôle du respect de ces obligations vis-à-vis des emprunteurs, ainsi que de la qualité des systèmes de gestion du risque de crédit, devrait à notre sens être confié à l'ACPR, comme c'est le cas pour les assurances.

On voit donc qu'il est essentiel d'introduire une différence majeure entre la sélection de prêts (déjà originés par les banques ou les sociétés de financement) et l'octroi de prêt, qui obligerait les fonds à se doter d'une gouvernance nouvelle, avec des obligations équilibrées entre les intérêts de leurs clients investisseurs et ceux de leurs clients emprunteurs.

Si l'on souhaite aujourd'hui étendre leur responsabilité à l'octroi de prêts, cela ne peut pas se faire sans un alignement de la réglementation sur celle qui encadre déjà les activités des autres acteurs habilités à octroyer des prêts (établissements de crédit, sociétés de financement et assureurs).

Enfin, du fait des nouvelles règles prudentielles et comptables (capital, liquidité, IFRS 9 notamment) qui s'imposent aux banques, le coût d'octroi et de portage sur le bilan des financements de long terme rend les banques non compétitives par rapport aux acteurs non régulés. C'est donc vers ces financements de long terme ou subordonnés que des fonds doivent maintenant pouvoir se tourner, afin de compléter l'offre de prêt bancaire, sans s'y substituer. Les fonds n'ont pas vocation à entrer dans des opérations non tirées notamment.

Par ailleurs, nous sommes favorables à ce que les prêts puissent être accordés à des holdings financières de manière à permettre à des fonds d'intervenir en complément des banques, notamment dans des financements



d'acquisition. En revanche, nous ne sommes pas favorables à ce que des holdings financières puissent recourir à des prêts accordés par des fonds dès lors que l'objet final de ces prêts serait de financer une société commerciale, industrielle, agricole, artisanale ou immobilière ou un actif physique.

Les fonds qui sont autorisés à consentir des prêts doivent être agréés. En revanche, un tel agrément ne devrait pas être requis pour les fonds gérés par des sociétés de gestion qui souhaitent uniquement sélectionner des créances (i.e. sans consentir de prêts).

Il y a un risque que les fonds ne consentent des prêts qu'à des entreprises dont les demandes de prêt ont été refusées par les banques. Ce risque n'existe bien évidemment pas lorsque les fonds sélectionnent des prêts uniquement.

Il convient toutefois de s'interroger sur le comportement des sociétés de gestion en cas de dégradation de la qualité de crédit d'un emprunteur, de restructuration et de défaut de paiement, afin d'éviter que les fonds pratiquent une gestion orientée vers les investisseurs, potentiellement défavorable à l'intérêt des emprunteurs, de l'économie et de l'emploi.

A cet égard, si le client de la banque est l'emprunteur, le client du fonds est plutôt l'investisseur : les intérêts de ces deux intermédiaires financiers (banque et fonds) peuvent donc naturellement diverger dans l'exercice de leur mandat de financement de l'économie.

Enfin, il conviendrait que l'article L511-33 du Code Monétaire et Financier prévoit expressément la levée du secret bancaire dans le cadre des rachats de prêts et des prêts qui seraient accordés par les fonds agréés en complément des banques.

- **Sur le paragraphe b.** relatif à la possibilité pour les entreprises, à titre accessoire à leur activité principale et en lien avec celle-ci, d'octroyer des prêts à d'autres entreprises avec lesquelles elles ont des relations économiques le justifiant.

Les banques sont défavorables à la rédaction actuelle du projet de Décret de la Loi Macron transmis par le Trésor.

L'article L511-6,3 bis du CMF énonce que les sociétés par actions ou les sociétés à responsabilité limitée dont les comptes font l'objet d'une certification par un commissaire aux comptes peuvent consentir, à titre accessoire à leur activité principale, des prêts à moins de deux ans à des microentreprises, des petites et moyennes entreprises ou à des entreprises de taille intermédiaire avec lesquelles elles entretiennent des liens économiques le justifiant.

Or, de nombreux critères posés par le projet de décret assouplissent de manière préjudiciable la notion de lien économique et plus particulièrement les alinéas 3°, 6° 7°, 8° et 9° du I.



De ce point de vue, plus le lien économique sera souple, plus

- (i) le risque que l'on fait prendre aux entreprises en leur permettant de prêter à une société avec laquelle elles n'ont que des relations économiques et
- (ii) le risque de dérégulation

vont augmenter nécessairement en totale contradiction avec le renforcement

- (a) de la régulation financière et bancaire mis en œuvre au cours de ces dernières années,
- (b) des règles de prévention et de gestion des conflits d'intérêts et
- (c) des règles de lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme.

A cet égard le projet de décret ne traite, sauf erreur, que partiellement la question du risque de crédit puisqu'il ne pose aucune condition quant à la situation financière de l'entreprise emprunteuse et à la vérification de sa solvabilité par l'entreprise prêteuse.

Par ailleurs, il ne contient ni dispositions permettant de prévenir le risque de conflit d'intérêts et d'abus de biens sociaux (on peut effectivement se demander si de tels prêts pourraient être considérés comme conformes à l'intérêt social du Prêteur) ni ne prévoit de conditions en matière de respect des règles relatives aux délais de paiement.

Enfin, le montant maximum des prêts pouvant être accordés tel prévu au II-3° nous paraît très important (10% des liquidités) en termes de risque pour l'entreprise prêteuse sachant qu'en outre le terme «disponibilités et valeurs mobilières de placement» n'est pas assez précis et sera source d'insécurité juridique.

Sur la proposition 4 : Soumettre les nouveaux prêteurs à des règles adaptées

D'une manière générale, le projet de rapport ne prend pas suffisamment en compte la problématique de la supervision des activités de crédit. Il s'agit pourtant d'un aspect fondamental de la prévention du risque de crédit (et donc une nécessité pour assurer la stabilité financière).

De la même manière le projet de rapport nous semble sous-estimer l'importance de la réglementation relative à la connaissance du client (KYC), au respect de la législation anti blanchiment et de lutte contre le financement du terrorisme (AMML/CFT), ainsi qu'au devoir d'information et de mise en garde (« suitability »).

Sur la proposition 5 : Purger la réglementation applicable aux sociétés de financement des dispositions qui portent atteinte, sans réelle utilité, à leurs conditions de concurrence.

Nous partageons les commentaires de IACPR.



Sur la proposition 6 : Stabiliser les possibilités ouvertes aux particuliers d'octroyer directement des prêts aux entreprises et - plus encore - aux ménages.

Nous partageons les commentaires de l'ACPR.

Sur la proposition 7 : Sécuriser la qualification juridique des titres de créance.

Article L. 211-2. Cette précision nous semble inutile dans la mesure où la détention par un porteur unique n'a jamais été un frein à la qualification de titre de créance mais nous n'avons pas d'objection à cette modification si cela peut rassurer certains.

Article L. 211-14. Nous sommes d'accord avec cette modification qui pourra être utile dans le cadre des euro PP.



ANNEXE 9

**FBF - Introduction d'une dérogation
au « monopole bancaire » pour les cessions
de créances non échues**

8 mars 2016



ANNEXE 1

Proposition de modification législative

L'article L. 511-6 du Code monétaire et financier est complété par un paragraphe 7 rédigé comme suit :

« 7. aux entités de droit étranger similaires à celles visées au premier paragraphe du présent article, aux établissements bancaires étrangers, aux entreprises d'assurance et de réassurance, aux organismes de retraite, aux fonds de pension, aux mutuelles, aux institutions de prévoyance, aux organismes de placement collectif, aux fonds d'investissement alternatifs, aux entités ayant un objet similaire aux organismes de titrisation, de droit français ou de droit étranger, qui acquièrent ou à qui sont transférées des créances non échues résultant d'opérations de crédit conclues par des établissements de crédit, des sociétés de financement ou par l'une des autres institutions et entités visées au premier alinéa du présent article avec des emprunteurs de droit public ou de droit privé, autres que des personnes physiques. »



ANNEXE 2

Note explicative de la proposition d'amendement

L'impact des réformes réglementaires engagées à la suite de la crise financière sur la taille de bilan des banques

La crise financière majeure qui a sévi depuis les années 2007-2008 a incité l'Union européenne et ses Etats membres à s'engager dans une révision en profondeur de la réglementation et de la surveillance bancaire.

Parmi ces **réformes réglementaires**, il faut mentionner (a) le renforcement des exigences prudentielles concernant le risque de contrepartie, (b) le renforcement du niveau et de la qualité des **fonds propres** (afin de renforcer la capacité des banques à absorber des pertes éventuelles) et (c) le renforcement des exigences en matière de gestion de la **liquidité** (afin d'aider les banques à mieux absorber des chocs de liquidité imprévus).

Ces réformes réglementaires ont eu un effet sur la situation et l'activité des banques. Elles ont, notamment, **conduit les banques européennes à revoir leur « business model » et à s'orienter vers un modèle « originate to distribute » afin de réduire leur taille de bilan.**

Si les banques européennes ont aujourd'hui retrouvé une capacité de financement de l'économie, les réformes réglementaires précitées, à des degrés divers, sont néanmoins de nature à restreindre - ou au moins à limiter - la capacité globale des banques européennes à prêter sur le long terme, renforçant ainsi la pertinence du modèle « *originate to distribute* ».

À cet égard, la distribution du risque de crédit sur un emprunteur (« syndication ») s'effectue sous forme de transfert ou cession de créance qui aboutit à faire sortir la créance du bilan de l'établissement prêteur.

La nécessaire recherche de nouvelles sources de financement de l'économie

(i) les sources non bancaires - le rôle des investisseurs institutionnels



Cette situation doit conduire les banques européennes à **rechercher de nouvelles sources, non bancaires, de financement de l'économie**, car celles-ci ont d'ores et déjà pris une importance considérable au plan mondial.

Or, si l'on examine les sources non bancaires de financement de l'économie, **certains acteurs deviennent incontournables** et le seront d'autant plus à mesure que les banques européennes poursuivront la réduction de la taille de leurs bilans. Il s'agit des **investisseurs institutionnels** (notamment, les compagnies d'assurance, les fonds de pension et les « *hedge funds* »), ce pour différents motifs :

- (a) ils ont accru progressivement leurs ressources pour prêter directement aux acteurs économiques :
- (b) la réglementation qui leur est propre leur permet - ou leur permettra prochainement - à des degrés divers, d'investir dans le financement de l'économie avec des contraintes assouplies par rapport à celles imposées aux banques, enfin,
- (c) ce sont, par nature, des acteurs du financement de l'économie en raison de la structure de leur bilan (l'existence d'un passif à long terme).

La Commission européenne, dans sa récente communication sur le financement à long terme de l'économie européenne¹, consacre d'ailleurs à ce sujet une partie spécifique. Elle indique notamment qu'il est « *primordial d'encourager les banques à accorder des prêts (...) et de solliciter davantage les sources de financement non bancaires, par exemple les investisseurs institutionnels comme les entreprises d'assurance, les fonds de pension, les fonds d'investissement traditionnels ou alternatifs, les fonds souverains ou les fondations : si les banques continueront de jouer un rôle significatif, la diversification du financement est importante aussi bien à court terme pour accroître la disponibilité du financement, qu'à long terme pour aider l'économie européenne à mieux résister aux crises futures* ».

(i) Les sources de financement bancaires extra-communautaires dans les financements internationaux

Dans la perspective d'un modèle « *originate to distribute* », il est également impératif pour sauvegarder la

¹ Communication en date du 27 mars 2014.



compétitivité des banques françaises tant lorsqu'elles interviennent dans des financements internationaux que lorsqu'elles prêtent à des clients non-résidents, qu'elles puissent ensuite distribuer le risque qui en résulte auprès d'un maximum d'intervenants du secteur bancaire, y compris aux banques situées en dehors de l'Union Européenne.

Le périmètre de la définition française de l'opération de crédit

En France, l'acquisition (et donc la cession) de créances non échues à titre habituel (impliquant, pour le cessionnaire - au sens large du terme - l'obligation de verser immédiatement des sommes dont le « cédant » n'est créancier qu'à terme) est constitutive d'une opération de crédit et, à ce titre, soumise au monopole bancaire prévu à l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier, selon une jurisprudence commune à la Cour de Cassation et au Conseil d'Etat et ce indépendamment d'ailleurs du fait que le crédit sous-jacent relève lui-même ou non du monopole bancaire français.

En conséquence, selon la réglementation française, seuls, en principe, les établissements de crédit (et les sociétés de financement) ayant un agrément ou agissant par le biais du passeport européen peuvent effectuer de telles opérations sur le territoire français.

Certes, l'article L. 511-6 du Code monétaire et financier a, au fil des réformes, prévu plusieurs exceptions, notamment pour les compagnies d'assurance et les organismes de titrisation (Sociétés de titrisation ou FCT) qui peuvent notamment acquérir à titre habituel des créances non échues.

Cependant, le dispositif prévu aux articles L. 511-5 et suivants du Code monétaire et financier a tendance à devenir illisible et est assorti des sanctions pénales prévues par l'article L. 571-3 du même code²,

² Pour être incriminable en France, une opération de crédit conclue en marge du monopole bancaire doit néanmoins présenter des éléments de territorialité avec la France, selon le principe de territorialité des lois de police. Il est classiquement admis, qu'entre autres éléments, le lieu de décaissement des montants mis à disposition est un élément clé (mais non unique) de territorialité. En matière de cession de créances, le décaissement correspond au paiement du prix de cession au cédant par le cessionnaire, indépendamment des caractéristiques de la créance cédée.



ce qui amène, malgré la possibilité donnée par le Règlement CRBF 93-06³, les organismes étrangers assimilables à des FCT, à la plus grande prudence dans le refinancement des établissements français.

La France retient l'approche la plus restrictive en la matière si on la compare à celle de ses homologues européens qui, pour la plupart, n'ont pas intégré les opérations de crédit aux entreprises dans le champ d'application du monopole bancaire. Ainsi, les cessions de créances non échues ne relèvent pas d'une activité réglementée dans nombre d'autres Etats de l'Union européenne, comme la Grande Bretagne ou l'Allemagne par exemple. Ainsi, alors qu'une opération de distribution du risque lié à une créance sous forme de cession de créance peut être réalisée par un établissement de crédit librement en Allemagne ou en Grande Bretagne, cette même opération ne peut être réalisée qu'auprès d'établissements de crédit ayant un agrément ou agissant par le biais du passeport européen si elle est localisée en France.

Ainsi, les contraintes posées par la réglementation actuelle entraînent la délocalisation des opérations en dehors de la France. Elles incitent à la création d'entités ad hoc dans des Etats où la cession de créances non échues ne tombe pas dans le champ d'application du monopole bancaire, ou même sur des plateformes « *off-shore* » en dehors de l'Union européenne. Elles peuvent également amener certaines banques à mettre les crédits à disposition (origination) ou à enregistrer les crédits (« *booking* ») dans des pays où la législation est plus favorable, afin de faciliter ensuite leur syndication.

Un simple aménagement du monopole bancaire, limité au marché secondaire et encadré par le respect de certains critères

Les banques ne souhaitent pas remettre en cause le monopole bancaire concernant l'activité de mise à disposition des fonds (marché primaire), car l'origination des créances dans de bonnes conditions doit rester l'une des missions principales des établissements de crédit.

³ Les textes du Code monétaire et financier et les Règlements CRBF recèlent une contradiction. Alors que, vu du côté du cédant, le Règlement CRBF 93-06 laisse entendre que les établissements de crédit peuvent céder lesdites créances non seulement à des FCT mais également à des organismes étrangers assimilés à des FCT, en revanche, vu du côté de l'acquéreur - cessionnaire, l'actuelle rédaction de l'article L. 511-6 du Code monétaire et financier ne prévoit d'exception au monopole bancaire que pour les seuls FCT français, ce qui laisse supposer que les organismes étrangers similaires qui se porteraient acquéreurs de telles créances conformément à ce règlement seraient néanmoins en infraction au regard de la loi.



Les banques souhaitent donc limiter l'aménagement du monopole bancaire à la seule distribution du risque de crédit (marché secondaire) sous la forme d'une « syndication directe » (cessions ou transferts de créances) concernant des créances originées par les banques et les autres entités visées à l'alinéa 1er de l'article L. 511-6 du Code monétaire et financier.

L'objet de l'amendement proposé ici vise donc :

- d'une part, à permettre la cession de créances bancaires non échues au profit de certains investisseurs institutionnels non bancaires (ex : compagnies d'assurance, fonds de pension, *hedge funds*) ou de banques étrangères non soumises à la réglementation française ou d'un autre Etat membre de l'Union européenne, mais néanmoins régulées dans leur Etat d'origine ;
- d'autre part, à couvrir certaines entités de droit français susceptibles d'acquérir ces créances bancaires non échues, afin d'assurer une égalité de traitement entre les entités françaises et les entités étrangères. Il s'agit ici de couvrir les entités de droit français qui ne sont pas visées au 1er paragraphe de l'article L. 511-6 du Code monétaire et financier (ex : certaines catégories de mutuelles ou de *hedge funds*).

Ces opérations devront se faire dans le respect des obligations s'imposant par ailleurs aux établissements bancaires français notamment en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme et en matière de secret bancaire, sans qu'il soit besoin d'y faire expressément référence dans le texte même de la proposition d'amendement. En effet, la « relation d'affaire » nouée avec l'entité cessionnaire obligera l'établissement de crédit prêteur à pratiquer sur cette entité les mesures de vigilances prévues aux articles L.561-5 et suivants du Code monétaire et financier. De même, l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier a vocation à s'appliquer aux opérations de syndication en ce qu'elles constituent des opérations de crédit. Ainsi, toute personne qui recevra d'un établissement de crédit une information sur un client couverte par le secret professionnel sera tenue au secret professionnel dans les mêmes conditions que l'établissement de crédit lui-même (article L. 511-33 *in fine* du Code monétaire et financier).



ANNEXE 10

**AFTE - Exceptions au monopole bancaire
Audition du 16 décembre 2015**



HAUT COMITÉ JURIDIQUE DE LA PLACE FINANCIÈRE DE PARIS EXCEPTIONS AU MONOPOLE BANCAIRE

Audition de 16 décembre 2015

Alexandre Akhavi, Président Commission Juridique AFTE
Bruno Fitsch-Mouras, Vice-Président Commission Juridique AFTE

Un monopole bancaire handicapant?

Le monopole bancaire français est-il un frein à la gestion « quotidienne » de leur trésorerie par les corporates, malgré les exceptions posées par l'article L. 311-7 comofi ?

Le monopole bancaire français est-il un frein aux possibilités de financement de l'économie réelle malgré les avancées introduites par la loi Macron ?

Le monopole bancaire français est-il une exception européenne susceptible d'aboutir à des distorsions ?

Des exceptions insuffisantes

. **Le bénéfice des exceptions posées par l'article L. 511-7 3) comofi imposent le contrôle effectif, ce qui ne laisse que les apports en compte courant d'associé pour les participations jusqu'à 5% (L.312-2 comofi).**

Le financement par compte courant d'associé ne permet pas de financer des participations à des conditions de marchés (nécessaires d'un point de trésorerie et fiscal) et génère des distorsions entre partenaires devant financer prorata sauf à s'aligner sur le moins disant.

De même, la couverture sous forme de garanties des obligations de sociétés non contrôlées (nécessairement facturables pour des contraintes de prix de transfert) ne sont pas non plus possibles.

. **Les exceptions posées par l'article L. 511-7 comofi ne visent que les aspects « financement » (hors les instruments de paiements pour les réseaux limités) et ne permettent pas la mise en place de payment factories au sein des groupes.**



aFTE |

Tous les groupes ont mis en place des centralisations de trésorerie généralement doublée de conventions dites de Netting pour faciliter les paiements intragroupe. Les paiements et encaissement hors groupe demeurent néanmoins problématiques.

Ce sujet a donné lieu à un fort lobbying au niveau européen ayant abouti à l'introduction du considérant 17 de la DSP II (à défaut de clarification de l'article 3 n)).

. Les exceptions posées par l'article L. 511-7 comofi ne permettent pas la mise en place de certaines opérations de trésorerie « simples » au sein des groupes.

Par exemple, le rachat par une autre société du groupe (maison-mère ou autre), de crédit bancaire ou de crédit-interentreprises consentis à une société nouvelle acquise n'est à priori pas compatible avec le monopole bancaire (le rachat de créance non-échue s'analysant comme une double opération de crédit).

De même, le simple remboursement anticipé par une autre société du groupe (maison-mère ou autre), laquelle pourrait s'analyser comme un achat de créance non-échue, oblige à passer par un financement intragroupe préalable (et donc des flux) pour éviter toute critique sur le terrain du monopole bancaire.

. Les exceptions posées par l'article L. 511-7 1), complétées par le nouvel article L. 511-6 3bis comofi, offrent une palette limitée de soutien aux co-contractants.

De fait, les possibilités de soutien apporté aux fournisseurs ou clients, pouvant être stratégiques, se limitent à des délais de paiements ou avances et prochainement (grâce à la loi Macron) des prêts de moins de 2 ans pour peu qu'il s'agisse de « microentreprises, des petites et moyennes entreprises ou à des entreprises de taille intermédiaire ».

Par exemple, le rachat de créances non échue sur lesdits fournisseurs ou clients n'est aujourd'hui pas possible a fortiori si la créance est à plus de 2 ans (le rachat de créance non-échue s'analysant comme une double opération de crédit).

Financement de l'économie

. Les exceptions posées par l'article L. 511-7 1), complétées par le nouvel article L. 511-6 3bis comofi offrent une palette incomplète.



aFTE |

Outre les limites précédemment indiquées, la situation est encore plus sensible pour les entreprises n'ayant pas de lien contractuel avec les entreprises susceptibles de les soutenir financièrement (chaîne de sous-traitants par exemple), et seul l'article L.511-6 3bis comofi semble offrir une solution (limitée à 2 ans).

Un élément de distorsion ?

. Le monopole bancaire français est-il une exception au niveau européen?

A notre connaissance, seule la Pologne connaît un monopole bancaire équivalent au monopole bancaire. Les principales juridictions européennes impliquées dans les circuits de financement des entreprises (non-financières) ne connaissent pas ce type de monopole.

Des évolutions souhaitables ?

Dans le prolongement des avancées obtenues dans le cadre de la Directive de Paiements II, les paiements et encaissements « pour compte » de sociétés liées par des liens de capital directs ou indirects jusqu'à 5% devraient bénéficier d'un Safe Harbor.

L'exception de l'article L. 511-7 3) comofi devrait bénéficier aux opérations de trésorerie même avec des sociétés non directement ou indirectement contrôlées, mais détenues directement ou indirectement à au moins 5%.

Le bénéfice de l'exception posée par L. 511-6 3bis comofi devrait avoir une interprétation large de la notion de « liens économiques le justifiant » de manière à capturer l'ensemble de la chaîne des intervenants dans l'activité économique des entreprises prêteuses et ne pas se limiter aux « microentreprises, des petites et moyennes entreprises ou à des entreprises de taille intermédiaire ».



ANNEXE 11

ASF - Audition du 17 septembre 2015



HAUT COMITÉ JURIDIQUE DE LA PLACE FINANCIÈRE DE PARIS GT « MONOPOLE BANCAIRE »

Audition ASF

L'Association française des Sociétés Financières (ASF) promeut la spécialisation en matière de crédit et de services financiers et d'investissement.

Les 290 adhérents de l'ASF regroupent environ 40 000 salariés. Ils financent l'économie à hauteur de **215 milliards d'euros d'encours de crédit**, soit près de **20% du total des crédits au secteur privé français**.

Les adhérents exercent leur activité dans une gamme de métiers financiers spécialisés :

- le **financement des entreprises et des professionnels** avec le crédit-bail, mobilier et immobilier, les Sofergie et l'affacturage ;
- le **financement des ménages avec le crédit à la consommation et à l'habitat** ;
- les **services financiers avec les sociétés de cautions et les prestataires de services d'investissement**.

Bien que tous les adhérents de l'ASF ne soient pas des établissements de crédit (1), ils sont **soumis dans leur ensemble à des contraintes prudentielles fortes**, très proches de celles des banques et **aucun d'entre eux n'est assimilable à une entité du shadow banking** (2).

En revanche, la disparité des normes prudentielles en Europe pour une même activité et l'émergence en France de nouveaux acteurs mettant en cause le monopole bancaire entraînent des situations de distorsions de concurrence (3).

(1) Statut, régulation et supervision des adhérents de l'ASF.

Les adhérents de l'ASF sont pour moitié des **établissements de crédit** (incluant les établissements de crédit spécialisés) conformément à la définition européenne et pour moitié des **sociétés de financement**, nouveau statut créé en juin 2013 en France dans le cadre de transposition des règles de Bâle 3 en Europe (CRD4/CRR). Pour mémoire, la création de ce statut « répare » la sur transposition de la 2^e Directive de coordination bancaire qui avait donné une définition large des établissements de crédit - incluant les sociétés financières françaises - et des opérations de banque.

CRR place aujourd'hui la France devant ses contradictions car le respect des ratios de liquidité est impossible à respecter. C'est un problème franco-français.



Il faut sans doute **s'interroger sur la pratique française qui consiste à sur transposer les textes européens**. Elle crée des situations juridiques qui s'avèrent complexes, génère des distorsions de concurrence au détriment des acteurs français, et ne contribue guère à une pleine harmonisation.

La principale caractéristique des sociétés de financement, compte tenu de la spécialisation de leurs activités, est qu'ils **octroient des crédits mais ne collectent pas de dépôts et ne reçoivent pas de fonds remboursables du public**.

Sur la question du refinancement, qui est cruciale et encore perfectible, il convient de rappeler que l'accès au guichet de la BCE et le recours à certains instruments ou produits financiers ont été interdits aux sociétés de financement. C'est le cas des certificats de dépôts mais également des bons de caisse. La problématique de refinancement de ces SF a été résolue par le décret du 12 décembre 2013 qui leur permet d'émettre des TCN et obligations, mais sous conditions.

Sur le plan des principes, on peut s'interroger sur le fait d'autoriser les bons de caisse, à toute entreprise de plus de 3 années d'activité ainsi qu'à la finance participative et l'interdire aux SF..

Ces sociétés de financement (SF), répondant à un statut français, ne sont pas directement soumises au règlement CRR et à la directive CRD4, mais le législateur a souhaité que leur cadre prudentiel de régulation et de supervision soit équivalent en termes de robustesse. Dès lors, les SF **sont soumises aux mêmes règles de solvabilité que les établissements de crédit, et à de contraignantes exigences en matière de liquidité**, adaptées à leurs spécificités, mais pas au levier. Les sociétés de financement sont étroitement supervisées par l'ACPR.

Ce statut est un succès : 150 sociétés de financement (soit plus de la moitié des adhérents de l'ASF, de toutes tailles et de tous métiers). Cela est le résultat d'un dialogue constant des autorités avec les professionnels, en dépit d'un calendrier extraordinairement tendu.

(2) Les sociétés de financement françaises ne peuvent être considérées comme des entités du shadow banking.

Bien qu'elles ne soient pas directement soumises aux exigences de CRR/CRD4, **on ne peut pas considérer que les Sociétés de financement françaises soient des entités du shadow banking**.

La Banque Centrale Européenne a émis un avis en ce sens dès mai 2013 (*Opinion of the European central Bank of 24 May 2013 on the status of credit institutions and the creation of financing companies* -



CON/2013/36) et plus récemment, dans son rapport publié le 10 juin 2015, le **Haut Conseil de Stabilité Financière** a considéré que les sociétés de financement françaises, dûment couvertes par la régulation bancaire, n'étaient pas incluses dans le champ du shadow banking.

Le shadow banking est un sujet européen (consultation de la Commission européenne + EBA) et mondial (Financial Stability Board et le Comité de Bâle). Au sein des 3 associations européennes Eurofinas (crédit à la consommation), Leaseurope (crédit-bail) et EU Federation (affacturation) il n'y a pas de consensus car les régimes sont très différents.

L'ASF plaide depuis le début pour des règles adaptées selon le principe de proportionnalité. Les métiers financiers spécialisés même si on y trouve de la transformation, de la liquidité et du financement à l'économie, ne font pas courir de risque systémique et n'exposent pas à un risque de « run ».

(3) L'ASF souligne toutefois les situations de distorsion de concurrence induites par les normes prudentielles en Europe et en France

Dans ce contexte, l'ASF tient à souligner l'importance du respect de la règle « *same business, same rules* », consistant à imposer les mêmes contraintes en matière de régulation et de supervision aux mêmes activités, en France et en Europe. Or les disparités de normes prudentielles en Europe et en France, pour des activités similaires, aboutissent à des situations de distorsion de concurrence.

En Europe, certaines activités comme l'affacturation ou le *leasing* (crédit-bail mobilier et immobilier, location financière) ne sont pas soumises aux mêmes règles dans tous les pays. La principale explication: l'absence de définition européenne harmonisée des fonds remboursables du public et de l'activité de crédit.

Le crédit et l'encadrement de son exercice (agrément, règles prudentielles) sont à la main des autorités nationales compétentes. Cette prérogative nationale permet ainsi à certaines activités, considérées dans certains pays comme du crédit, d'être exercées par des acteurs non régulés et/ou non supervisés échappant ainsi à la réglementation européenne plus contraignante¹.

La France est parmi les pays où les acteurs exerçant ces activités sont les plus régulés et supervisés.

¹ Cf rapport de l'EBA rendu en novembre 2014 sur la définition d'un établissement de crédit en Europe.



Cette situation crée un risque « d'arbitrage réglementaire » et une réelle situation de distorsion de concurrence pour ces métiers spécialisés. Les acteurs français, qui sont pourtant leaders en Europe sur ces métiers, doivent respecter des normes prudentielles plus contraignantes en termes de solvabilité et de liquidité que celles de la plupart de leurs concurrents européens. **Ces contraintes induisent des coûts que leurs concurrents n'ont pas à subir et les pénalisent injustement.** Ce point a été souligné à plusieurs reprises auprès des autorités nationales et européennes.

En France, les adhérents de l'ASF accueillent avec bienveillance l'émergence de **nouveaux acteurs** issus de la transition numérique, notamment dans le secteur du financement participatif. Ces nouveaux intervenants offrent de nouvelles voies de financement de l'économie française.

Toutefois, **les règles auxquelles ils sont soumis**, très légères, **ne sont pas comparables** à celles qui s'imposent **aux acteurs en place : charge en fonds propres, coût de la liquidité, strict respect du contrôle des risques, règles de gouvernance, garantie des dépôts...** C'est le cas du cadre législatif apporté au financement participatif et des **atteintes au monopole bancaire** portées récemment par la Loi sur la croissance et l'attractivité.

On citera à titre d'exemples :

- **le crédit interentreprises.** Sur ce sujet, il ne faut pas se tromper de débat : le problème ce sont les délais de paiement, pas les produits. Les délais sont encadrés (sauf pour le secteur public au sens large : collectivités locales, hôpitaux) mais pas respectés et il ne faut pas accroître la dépendance du petit fournisseur vis-à-vis de son grand client ;
- **la généralisation des bons de caisse** (article L223-3 CMF) ;
- **le régime des sociétés de tiers-financement²** bien que soumis à autorisation de l'ACPR pourra fournir du crédit sans répondre à un régime prudentiel contraignant. Ce type d'établissement vient « grignoter » l'espace dans lequel nos établissements de financements spécialisés (prêt, Sofergie etc...) évoluent.

Ces entorses au monopole bancaire nous amènent à nous poser des questions sur le mode de protection des prêteurs (que notre droit a toujours souhaité consacrer au travers des lois et de sa jurisprudence), sur la

² Le tiers-financement dans le champ d'opérations de rénovation de bâtiments, est caractérisé par l'intégration d'une offre technique portant notamment sur la réalisation des travaux dont la finalité principale est la diminution des consommations énergétiques, à un service comprenant le financement partiel ou total de ladite offre, en contrepartie de paiements échelonnés, réguliers et limités dans le temps. (...) (L381-1 code construction).



capacité et les moyens de ces nouveaux acteurs à analyser le risque, du sort qui sera réservé aux créances en cas de procédure collectives.

Par ailleurs, certains acteurs nouveaux développent des modèles d'affaire innovants qui échappent aux modes classiques de supervision bancaire. C'est le cas notamment des **plateformes numériques d'affacturage** avec **un statut de sociétés de gestion**, dont la supervision par l'Autorité des Marchés Financiers n'induit pas les mêmes contraintes en termes de liquidité et de solvabilité que la supervision par l'ACPR des établissements « classiques » d'affacturage. Il n'est pas sûr en outre que ce soit l'intérêt des PME d'être ainsi financées. Les volumes constatés sont encore faibles mais ce modèle connaît une forte croissance et un engouement médiatique certain. Nous avons donc plaidé pour des **seuils pédagogiques**, dans le cadre du régime très protecteur français.

Partisans de normes prudentielles adaptées aux risques encourus, les adhérents de l'ASF ne mettent pas en cause le cadre auquel ils sont soumis, mais dans le contexte de l'émergence de nouveaux acteurs et face aux atteintes récentes portées au monopole bancaire, ils considèrent qu'une même activité de crédit ou de prestation d'investissement doit être régulée et supervisée à l'identique. C'est d'ailleurs ce qui permet aux clients - ménages et entreprises - de bénéficier de la même sécurité et à la Place française, de conserver sa réputation de solidité.